IL

CODICE ITALIANO

DI

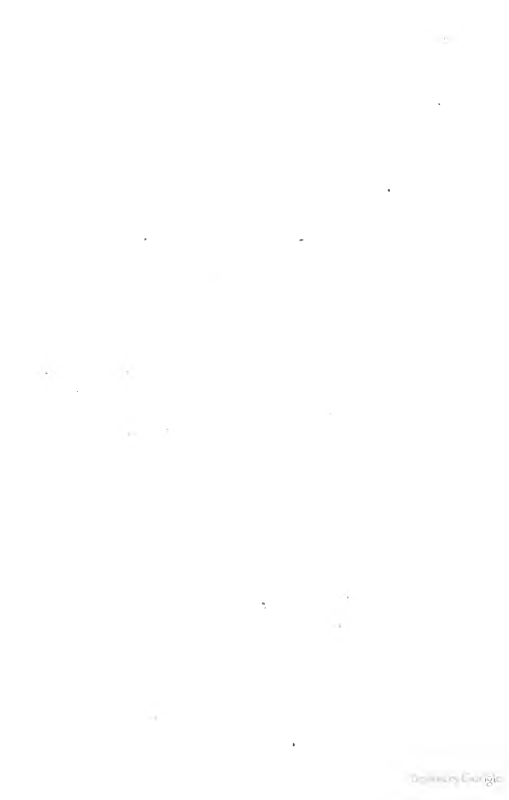
PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

LIBRO SECONDO

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

DAL COMMENDATORE

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO E DI PROCEDURA CIVILE E PENALE
NELLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA E FERRARA, ORA CONSIGLIERE DI CASSAZIONE

TERZA EDIZIONE

Nuovamente riveduta ed accresciuta dall'Autore.

PARTE SECONDA

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

via Carlo Alberto, N. 33.

NAPOLI — Strada Nuova Monteoliveto, 6, piano 1.

ROMA — Via agli Uffici del Vicario, N° 19.

1873

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO SECONDO

DELL'ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE, DELLE ORDINANZE E DEGLI ATTI RICEVUTI DA UN UFFIZIALE PUBBLICO

TITOLO I.

REGOLE GENERALI SULL'ESECUZIONE FORZATA.

OSSERVAZIONI GENERALI

Se questa parte interessantissima della procedura abbia richiamata l'attenzione del legislatore, ne siano prova le parole del Ministro guardasigilli, che io credo di dover ripetere; « La esecuzione forzata è tra le parti più importanti della legislazione perchè presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia d'ordine economico; assicurare da una parte « il diritto del creditore; mantenere dall'altra il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi « del debitore; regolare l'uso della forza, sicchè diventi ausiliatrice a compimento del diritto; « conciliare le garanzie del credito e le garanzie della proprietà, rendendo armonico il loro « concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza: tali sono i precipui problemi a sciogliere ». Dalle elevate considerazioni riluce la mente del legislatore, la buona volontà almeno, e lo scopo che si è proposto.

Articolo 553.

L'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo.

Articolo 554.

Sono titoli esecutivi:

1° Le sentenze.

Quelle pronunziate dalla corte di cassazione sono titoli esecutivi pel pagamento delle spese e delle indennità liquidate in esse, oltre le spese delle sentenze medesime e della loro notificazione;

2° Le ordinanze e gli atti, ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo;

3° Gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro uffiziale pubblico autorizzato a riceverli.

Annotazioni.

1. Quali condanne la corte di cassazione abbia a pronunziare, rigettando il ricorso, è significato nell'articolo 541. Le spese sono liquidate nella sentenza. Per queste e per la confisca del deposito, la sentenza *è titolo esecutivo:* pei danni che si riservano (articolo suddetto) non è che *titolo d'azione*, mancando il quale l'azione del danno non potrebbe esercitarsi (V. articolo 571).

2. Il Codice fa menzione di *ordinanze* ed atti resi esecutivi dalla legge negli articoli 182, 267, 288, 329, 377, 379, 388. Non deve dirsi altrimenti di quelle ordinanze che sono ricordate negli articoli 177, 239, 552. È d'uopo che sia così, mentre, se parliamo delle ordinanze, inchiudono condanna proferita dal giudice singolare, che però essendo autonomo in queste funzioni pronunzia definitivamente. L'atto di *sottomissione alla cauzione* (articolo 329) è una obbligazione giudiziale, emesso a scopo determinato, avanti pubblico ufficiale, cui è attribuita la efficacia e la virtù di sentenza.

3. Il *titolo esecutivo in genere* può definirsi un atto dell'autorità pubblica, rivestito delle forme volute dalla legge, per l'impero del quale l'uomo è tenuto di prestare un fatto o una cosa sotto la obbligazione dei suoi beni o della sua persona. Anche gli *atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro uffiziale pubblico autorizzati* hanno questo carattere e questa potenza. Ciò è in relazione colla prima parte dell'articolo 1313 del Codice civile.

4. Tanto imperio non può venire all'atto che mediante l'organo legale che è l'uffiziale pubblico. Ci consta dalla Relazione ministeriale che questo fu il riflesso decisivo per cui non venne seguita la legislazione di altri paesi che dànno luogo fra i titoli esecutivi anche a scritture private riconosciute autentiche. « Fu esaminato, ivi si disse, se dovesse attribuirsi forza esecutiva a scritture private, massime ora che sono atte a costituire ipoteca (1) sull'esempio della legge toscana che attribuisce forza esecutiva alle scritture private riconosciute da notaro. Ma ciò non fu ammesso, sembrando troppo necessario che la forza esecutiva non possa esser conferita *se non dagli atti che emanino direttamente da pubblici ufficiali* ». Certamente l'atto pubblico, circondato dalla legge di molte guarentigie, dove avere efficienza distinta e più vigorosa. Si può aggiungere che questo avviene per volontà stessa del debitore. Si obbliga di più chi si obbliga in forma più solenne.

5. Non occorre il dire che la esegnibilità dell'atto pubblico dipende dalla qualità del debito che si domanda. Questo effetto è regolato da un'altra legge (articolo 568). Se le somme chieste non sono liquide e certe, se devono ancora determinarsi i diritti genericamente pattuiti, se trattasi di svolgere azioni che sono bensì, o almeno si crede, fondate nell'atto pubblico, ma sono suscettive di esame, di discussioni, e combattute da eccezioni, mancherebbe *la materia stessa della esecuzione;* e vi sarebbe invece la materia d'una lite.

6. La potenza esecutiva inerente all'atto contrattuale denota ch'esso alla verità morale di cui si reputa custode, riunisce l'impronta della legalità, quale suggello dell'autorità pubblica. Tuttavia non è lecito confondere la virtù esecutiva colla ragione intrinseca dell'atto; paragonare, lo dirò più chiaramente, l'istrumento di confessione di debito colla sentenza definitiva. Al movimento e alla spedizione degli affari, al bisogno di raggiungere prontamente un debitore che fugge e si nasconde alle sue obbligazioni, al rispetto d'impegni sacri e solenni che la legge vuole imprimere col secondarne il soddisfacimento, si trova consenziente il favorire le esecuzioni, come spesso si vede nelle disposizioni del Codice, quantunque l'oggetto del diritto rimanga ancora assai problematico (2). L'atto pubblico può paralizzarsi in faccia ad una querela criminale (articolo 131 del Codice civile); può cadere trascinando gli autori nella stessa rovina: può essere contraddetto in forza di altri atti non meno solenni che ne distruggono l'a.

(1) Art. 1798 del Cod. civile. Si osserva però che per l'art. 2178 del Codice civile albertino, aderente all'art. 2155 del Codice civile francese, la scrittura privata riconosciuta in giudizio produceva ipoteca.

(2) Tali sono le sentenze che ordinano la esecuzione provvisoria, benchè soggette ad opposizione o appello.

zione (vedremo in altro luogo in qual modo e in qual punto del processo esecutivo). Intanto esso vive della energica sua vita, e la sua eseguibilità è provvida e giusta.

Ma la eseguibilità dell'atto pubblico è semplicemente una facoltà del creditore. È stato osservato dagli scrittori, che l'atto pubblico non potrebbe eseguirsi *per gl'interessi*, i quali decorrono dalla domanda che si fa in giudizio; più ancora, che non potrebbe il creditore ottenere ipoteca, non essendo il suo credito (che supponiamo chirografario) giudicato per sentenza. Ne concludono codesti scrittori che il creditore istrumentario può prescindere dall'eseguire il suo titolo, può domandare in giudizio il suo credito cogli accessorii di ragione, *e non può esser respinto per mancanza d'interesse* (Dénisart, v° *Intérêts;* Pigeau, *Proc. civ.*, t. I, pag. 43, not. 6, *Traité*. t. I, pag. 66; Carré-Chauveau, quest. 1898). Le osservazioni sono vere. Soltanto rapporto ai frutti del capitale stipulato conviene intendere che i frutti stessi non siano stati stipulati, altrimenti possono, se scaduti, comprendersi nella esecuzione. In nessun modo, secondo me, potrebbe il creditore respingersi per difetto di interesse, ancorchè non si trattasse di frutti da chiedersi espressamente: si ha sempre interesse di ottenere un giudicato e di consacrare con esso, usando la solita frase, i propri diritti. Non è meno manifesto che la eccezione, per ciò che riguarda il capitale, non osta alla domanda dei frutti in giudizio.

7. La sentenza degli arbitri è resa esecutiva per decreto del pretore (articolo 24). La cancelleria del pretore è anche l'officina da cui derivano le copie esecutive.

Articolo 555.

L'esecuzione, salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente, non può avere luogo che sulla copia del titolo spedito in forma esecutiva.

La copia da notificarsi al debitore, se si tratti di atti contrattuali, può essere fatta dall'usciere.

Annotazioni.

Le copie degli atti pubblici hanno la stessa fede degli originali *autenticate che siano dal notaio o altro pubblico ufficiale che li ha ricevuti* o *è legittimamente autorizzato ad autenticarle* (articolo 1333 del Codice civile). Abbiamo imparato dal precedente articolo 554 quali sono i *titoli esecutivi;* ma questi titoli sono perennemente custoditi presso i pubblici ufficiali ai quali è affidato lo speciale incarico, e non escono che sotto forma di copie la cui autenticità dev'essere rigorosamente stabilita.

La *copia da notificarsi* è la copia della copia spedita dall'uffiziale pubblico, custode e garante dell'atto, e potrebbe credersi fosse indifferente da qual mano venisse fatta. Eppure dopo l'articolo 555 non è più così. *Se trattandosi di atti contrattuali*, tale copia *può esser fatta dall'usciere*, ufficiale pubblico anch'esso (che dovrà dichiarario, o sottoscrivere la copia stessa come da lui eseguita), ne segue che la copia da notificarsi, quando si tratta di sentenza, dovrà venirci pur essa dalla mano fedele del cancelliere o dei sostituti che lo rappresentano in tale funzione. Avviso a chi spetta per non incorrere nelle severe riprensioni dell'articolo 558.

Alcune osservazioni che faremo all'art. 562 saranno opportune a mostrare che la legge ha le sue buone ragioni.

Articolo 556.

Le copie in forma esecutiva devono essere intitolate in nome del Re, e terminare colla formola seguente:

Comandiamo a tutti gli uscieri che ne siano richiesti, ed a chiunque spetti, di mettere ad esecuzione la presente, al ministero pubblico di darvi assistenza, a tutti i comandanti ed uffiziali della forza pubblica di concorrervi con essa, quando ne siano legalmente richiesti.

L'atto contrattuale spedito nella detta forma deve essere legalizzato dal presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione fu ricevuto, se l'esecuzione debba farsi in altra giurisdizione.

Articolo 557.

Le copie in forma esecutiva possono spedirsi soltanto alla parte, a cui favore fu pronunziata la sentenza o l'ordinanza, o fu stipulata l'obbligazione.

In fine dell'originale e della copia si fa menzione della parte a cui è spedita.

Non possono spedirsi nuove copie in forma esecutiva alla stessa parte, senza autorizzazione data, quanto agli atti giudiziali, dal conciliatore, dal pretore, dal presidente del tribunale o della corte da cui emanarono, e quanto agli atti contrattuali, dal presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione furono ricevuti.

L'autorizzazione non può concedersi se non in contraddittorio o in contumacia delle parti regolarmente citate; e rimane annessa all'originale. Nella nuova copia si fa menzione dell'autorizzazione.

Annotazioni.

1. La formola esecutiva è apposta *nella copia* sì della sentenza che dell'atto pubblico; e, come si dice, *sulla spedizione*, sul titolo insomma che deve eseguirsi. Formola sacramentale, di cui ogni sillaba è necessaria, di cui ogni difetto produrrebbe nullità. In ogni al ra copia (quando possa spedirsi) dev'essere ripetuta; senza ciò l'esecuzione sarebbe un abuso dell'autorità pubblica, ed espone l'ufficiale eseguente a gravi pene.

Riconosciuta la necessità della formola esecutiva e della sua integrità all'effetto che il titolo sia eseguibile, si comprende che la formola compendiata non avrebbe la stessa forza. *Comandiamo ecc.*, senza più, o se parte ne fosse omessa, non avrebbe alcun valore. Si è però ritenuto in più decisioni, anche di questa corte suprema di Firenze, che non è mica necessario che la intitolazione *in nome del Re*, sia aderente alla formola: — figurando in capo del titolo esecutivo, come suol essere in ogni sentenza, si è stimato sufficiente senza bisogno di ripeterla alla chiusura dell'atto.

2. *La copia munita della formola esecutiva è opera esclusivamente del pubblico officiale che ha la missione di custodire l'originale.* La legge procede in questa materia con una severità spinta allo scrupolo. Il tribunale, e molto meno il presidente del tribunale, non ha facoltà di aggiungere ad una copia non spedita formalmente, l'ordine esecutorio. Tale funzione gli è assolutamente estranea (Chauveau in Carré, quest. 1898, sex.).

3. *Della copia notificata da non potersi convertire in copia esecutiva.*

A niuno sfugge la differenza che passa fra la importanza di una copia costituente titolo esecutivo, e quella di copia bensì autentica, ma non ordinata a tal fine. Quindi la regola dell'art. 913, che vedremo informato ad altro spirito, è profondamente modificata dall'articolo 557. L'ordinamento e la distribuzione delle copie degli atti pubblici tiene un posto segnalato nelle moderne legislazioni, sollecite di porre su basi regolari il sistema delle prove. Ma quando questa copia *è un titolo esecutivo*, nulla di più pericoloso che la moltiplicità; la legge non vuol armarne che quella parte *a cui favore fu pronunziata la sentenza o la ordinanza, o fu stipulata l'obbligazione.* Inoltre, la stessa parte non può ricavarne più di una copia; e se mai potrà conseguirne un'altra, l'articolo 557 è là per dirci a qual prezzo. Deve fare un giudizio, quanto dire, giustificare la sua domanda in confronto dell'altra parte. Giustificare che per un fatto qualunque, e non per proprio dolo, la copia che gli fu rilasciata non esiste più: è perita. Il caso più ovvio, e anche più difficile a provarsi, sarebbe lo smarrimento. Ad una legge piantata su tanto rigore, sarebbe perfettamente inutile il rispondere che il creditore, anche munito di due copie esecutive, non potrebbe farne eseguire che una sola.

4. *Se più essendo le parti che vi hanno diritto possono spedirsi più copie esecutive.*

Lodiamo la sobrietà, ma *se più sono le parti* o nella causa vincenti, o stipulanti nel contratto, ognuna delle quali ha diritto di far eseguire il giudicato, dovremo restringerci sempre ad una sola copia esecutiva? E questa copia fra gli aventi interesse a chi la daremo?

Ciò che vi ha di positivo nella legge è questo, che *la stessa parte* non può ritirare più di una copia in forma esecutiva; ma la legge non avrebbe potuto per qualunque sforzo di volontà impedire che le parti che riportarono

sentenza favorevole fossero in numero plurale. La legge adunque sarà eseguita fin dove potrà esserlo. È ben diritto che ciascuna delle parti abbia la sua copia in forma esecutiva, per la manifesta ragione che ciascuna ha facoltà di eseguirla nella portata del suo interesse, indipendentemente dall'altra.

L'individuità o solidarietà degli interessi sembra render meno sensibile cotale necessità; infatti una volta eseguita la sentenza o il contratto (che in questo luogo ha carattere e virtù di sentenza), lo sarebbe a favore di tutti. Se non che avendo ciascuno degli individui componenti questa specie di associazione giuridica uguale diritto ad avere la copia, nè l'uno potendo all'altro preferirsi, ne seguita che a ciascuno deve darsi la copia esecutiva quando singolarmente la richieda. Vi è ancora da riflettere che la solidarietà, in quanto riguarda l'*esercizio dei diritti*, non esiste; un creditore solidale può ben essere soddisfatto del suo credito, può astenersi dall'esecuzione o rinunciarvi; insomma se non si vuol confondere la solidarietà attiva colla *rappresentanza*, non si potrà scegliere un individuo per consegnare a lui la copia in forma esecutiva per renderlo arbitro, come oggi suol dirsi, della situazione, e trascinare tutti gli altri in un giudizio in cui forse non vogliono stare. Ho fatto motto di rappresentante. Nessun dubbio che il rappresentante per esempio d'una società commerciale, il sindaco di un fallimento, il tutore di più pupilli, si consideri *parte* in cui si riuniscono gl'interessi di molti singoli.

La sentenza può contenere insieme la condanna del convenuto e quella del garante tenuto al rilievo. L'attore e il garantito hanno rispettivamente il diritto di procedere alla esecuzione; e perchè non potrebbero amendue chiedere una copia in forma esecutiva della sentenza?

Non direi altrettanto del cedente e del cessionario, dato che il primo si fosse spogliato di ogni diritto o non fosse intervenuto nel giudizio.

Da ciò si vede che questo semplice fatto del rilascio della copia esecutiva, riassumendosi in sostanza in un titolo esecutivo e in un mezzo formidabile di persecuzione legale, può suscitare le sue questioni. Questioni che un subalterno e meccanico funzionario qual è un cancelliere o un notaio (intendo nella contingenza presente) non potrà certo risolvere. Il rifiuto del funzionario, innanzi ai cui occhi balena la sinistra luce dell'articolo 558, stretto dall'esigenza di questo medesimo articolo, può anche motivare un giudizio che dovrebbe praticarsi colle norme qui pure statuite, per diverso caso, è vero, ma che non sono meno applicabili.

5. Una parola del *procedimento*. La citazione sarà proposta in via sommaria. Sarà notificata, giusta il disposto dell'articolo 368. La contumacia non sarà dichiarata, se la citazione *fu eseguita in persona propria* (articolo 382) e in tutto conforme ai sistemi statuiti nelle rispettive giurisdizioni, non sembrando a me che l'articolo 558 contenga qualche cosa di derogativo nei modi della contumacia.

Se la sentenza emanò dal giudice d'appello, è forse questi competente nella questione della copia? Può esserlo senza dubbio, e la prova è chiara in quelle parole del testo — o *della corte*. — Io mi regolerei colla distinzione che fra *riforma e conferma* introduce e sancisce l'articolo 482. Se la sentenza del primo giudice sia stata confermata, dovrà ritenersi anche per implicito, ad esso appartenere questa cognizione che riguarda l'ordine esecutivo. *La sentenza si reputa emanata dal primo giudice quando fu confermata.*

Articolo 558.

Il cancelliere, notaro, o altro uffiziale pubblico che contravvenga alla disposizione dell'articolo precedente incorre in una multa estendibile a lire trecento, salvo l'applicazione delle pene più gravi alle quali il fatto dia luogo.

Annotazioni.

Si prevede persino il *dolo e la prevaricazione*, tanta è la importanza in cui la legge tiene questo fatto del rilascio della copia in forma esecutiva.

Articolo 559.

Le sentenze dei tribunali stranieri, e gli atti autentici ricevuti fuori del regno non sono esecutivi nel regno senza l'autorizzazione data in conformità del titolo XII del libro terzo.

Annotazioni.

Anche noi rimanderemo allo stesso titolo le nostre osservazioni.

Le pronunzie che ne seguono non sono *sentenze*, ma *ordinanze*, e non sono appellabili.

Articolo 560.

I titoli esecutivi contro il defunto sono esecutivi contro gli eredi, ma non si può procedere alla esecuzione, se non cinque giorni dopo che siano stati loro notificati.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Il Codice civile albertino conteneva una disposizione così espressa: « *I titoli esecutivi contro il defunto* « *sono parimente esecutivi contro la persona* « *dell'erede*; non potranno ciò nondimeno i « creditori procedere alla esecuzione, se non « otto giorni *dopo aver fatta la intimazione di* « *questi titoli alla persona* o *al domicilio del-* « *l'erede* » (art. 1099). Evidentemente il Codice civile avea preoccupate le disposizioni della procedura. Questa infatti (sorta in Piemonte molti anni dopo, nel 1854) si rifece sull'argomento come doveva tracciando *le regole generali della esecuzione*, senza ripetere quel canone custodito nella legge sostantiva. Esso era nella ragione stessa delle cose e indispensabile. Qualunque fosse l'importanza che la legge doveva annettere alla continuazione del processo esecutivo, nonostante il cangiamento di persona del debitore, era giusto soccorrere alla presunta ignoranza dell'erede, ne venisse pure una qualche sosta nel corso degli atti. Più esatto il legislatore odierno lasciò fuori la disposizione dal Codice civile, ma la fece ricomparire in quello di procedura, ov'è la sua sede. La trasgressione di questo debito porta nullità irreparabile; così si è sempre ritenuto nella giurisprudenza francese (Dalloz, v° *Jugement*, n° 508; Delvincourt, tom. II, pag. 374, n° 2, ecc.). La notificazione del titolo esecutivo è la base ferma di tutto il processo (V. art. 562).

2. **Questioni.** — *a*) *È necessario che la notificazione dei titoli esecutivi agli eredi preceda l'atto di comando* o *precetto?*

Non può mai esser dubbio che cinque giorni (e prima erano otto) di sosta e comodo non abbiano a lasciarsi a favore degli eredi; *ma si dubita se l'atto di comando sia nullo*, qualora i titoli esecutivi siano notificati contemporaneamente. Corre in Francia una dottrina mite e favorevole in tali circostanze alla validità dell'atto di comando, che non si vuol chiamare propriamente atto di esecuzione, mentre dall'altro lato nessun danno si arreca ai debitori colla notificazione contemporanea (Dalloz, v° *Jugement*, n° 512). Si sostiene da altri il così detto *comando* (ora piuttosto *precetto*) esser atto di esecuzione: come tale non potersi praticare che in virtù di titolo esecutivo; per conseguenza si procede nullamente alla notifica se questo termine di comodo *non è anteriore all'atto di comando* (cassazione francese, 31 agosto 1825, Dalloz, v° *Jugement*, n° 511).

Invero il *precetto* ha qualità di atto esecutivo considerato come *preliminare* della esecuzione, ma non appartiene alla parte *effettiva* od *operativa* della esecuzione medesima. Ciò per altro riguarda la esecuzione sui mobili (V. articolo 569). Ma noi risponderemo qui semplicemente colla scorta della legge che ci dispensa da argomenti induttivi e dubbiose definizioni. L'articolo 562 *non impone l'obbligo* di notificare il titolo esecutivo prima del precetto, anzi nel suo linguaggio mostra permetterne notizie contemporanee; perchè se ne farebbe un caso di controversia rimpetto agli eredi? La importanza del nostro articolo consiste in ciò, che *gli eredi abbiano legale notizia del titolo esecutivo;* che il precetto sia pure ad essi notificato se lo fu all'autore, e tanto più se non fu notificato all'autore (si deduce non dalla lettera ma dalla ragione della legge) e che la esecuzione non s'imprenda o rimanga sospesa per cinque giorni, *oltre i termini di comodo che la legge generale accorda al debitore*. Se per es. dal precetto alla esecuzione effettiva abbiano a decorrere cinque giorni, gli eredi godranno il termine di dieci: ecco tutto. *Che se il precetto fosse già stato portato ad esecuzione effettiva col pignoramento* o *con altri atti*, si ritiene sufficiente *la notifica del titolo esecutivo*, di cui gli eredi devono avere cognizione precisa per risolversi a pagare o resistere alla persecuzione del creditore; del resto continuerà il processo dal punto in cui si trova.

b) *Se gli eredi non fossero noti; se vi fosse controversia fra i pretendenti alla suc-*

cessione; se l'accettazione della eredità non fosse deliberata, o la eredità si fosse accettata col benefizio dell'inventario.

Unisco in un gruppo queste varie ricerche per l'attinenza che hanno fra loro, quantunque la soluzione dipenda da diversi principii.

Distinguasi in primo luogo se il processo degli atti esecutivi sia o no in corso, quesito risolto dall'art. 569 (V. ivi). Se il processo è in corso, per regola generale, non dovrà interrompersi a vantaggio degli eredi, *se la morte del debitore non sia stata notificata* (articolo 333) (1). Il creditore ignora la morte del debitore: egli è nel suo diritto. Se però nel giorno di questo avvenimento la sentenza non aveva ancora avuto *principio di esecuzione*, il creditore stesso dovrà informarsi, come sempre quando si fa un giudizio nuovo, quali siano le persone da citarsi.

Il creditore non si occupa dei diritti dei pretendenti alla successione; per esso e per la regolarità dei suoi atti non esiste che *lo stato di fatto;* egli non conosce che i possessori (articolo 926 del Codice civile). Se il possesso della eredità sia avocato al giudice, se ci sia sequestro dei beni, sarà citato il curatore.

Il terzo caso è risolto dall'art. 964 del Codice civile: il deliberante, in pendenza del termine, rappresenta *qual curatore* le azioni della eredità.

Finalmente è facile stabilire che l'*erede beneficiato* è, a tutti gli effetti giudiziali, il vero e legittimo erede (articolo 969 del Codice civile).

Sul luogo ove dovrà eseguirsi la *notificazione dei titoli esecutivi* o di altri atti, V. articolo 569.

Articolo 561.

Le sentenze soggette ad opposizione o appello, che ordinano la rivocazione di un sequestro, la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, un pagamento, o altra cosa da farsi da un terzo o a suo carico, non sono esecutive per parte del terzo o contro di esso, se non si provi che non vi è opposizione nè appello, quantunque tra le parti litiganti siano state dichiarate esecutive provvisoriamente.

La prova risulta dall'originale o dalla copia autentica dell'atto di notificazione della sentenza e da certificato del cancelliere.

Il certificato non può farsi che dopo la scadenza dei termini stabiliti per l'opposizione e per l'appello.

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Per ben comprendere la ragione e l'oggetto di questa disposizione, è più che mai necessario rimontare ad alcune legislazioni precedenti che l'autore della nuova legge ha dovuto avere innanzi gli occhi per evitare le dubbiezze che la imperfezione della formula avea suscitate mentre l'esame comparativo potrà avergli suggerito il nuovo concetto da lui accolto.

Due termini, uno *sospensivo*, l'altro *complementario*, ha la procedura francese per appellare. Il primo è scritto nell'art. 450: « L'exé« cution des jugements non exécutoires par « provision sera suspendue pendant ladite « huitaine » (per otto giorni). Il termine però ad appellare è di tre mesi, che decorre dalla notificazione della sentenza nei giudizi contraddittorii, e dal giorno in cui è scaduto il termine per l'opposizione, nei contumaciali.

La legislazione sarda del 1854 (2) teneva lo stesso metro. Sospendeva l'esecuzione della sentenza per otto giorni (articolo 570); ma il termine generale per appellare era di giorni 60 (articolo 562), ma ben diversa fu la legge del 1859. L'articolo 543 diceva invece: « La esecuzione delle sentenze che non sono « state dichiarate provvisoriamente esecuto« rie, *rimane sospesa durante il termine con« cesso per appellare* e durante il giudizio « d'appello ».

È principalmente necessario che la esecuzione delle sentenze non sia fatta prima del termine legale, o malgrado quegli ostacoli che l'appello e la opposizione possono elevare con-

(1) Richiamo questo articolo che, posto a riscontro col 534, vale ad argomento d'analogia, non ricevendo applicazione materiale in fatto di processo esecutivo regolato da norme sue proprie.

(2) Come notai altre volte, le legislazioni che serbano più o meno la genesi storica della nuova legge, sono le piemontesi, che io vengo perciò spesso citando. Del già Codice napoletano non posso guari valermi, tenendosi per solito alla procedura francese.

tro la esecuzione medesima. Le parti che sono in giudizio, alle quali gli atti devono comunicarsi o che ne sono gli autori, possono conoscer tutto questo facilmente: ma non così i terzi. *Chi sono i terzi?* Quelli che senza essere interessati nè intervenuti nel giudizio devono nonostante concorrere con qualche loro atto o fatto nella esecuzione. Ebbene: in qual modo potrebbero essere assicurati da ogni inavvertenza o sorpresa, con quali mezzi di scienza? In questa previdenza nacque l'art. 548 della procedura francese, esempio celebre di anfibiologia e nonostante ciecamente ricopiato da altri Codici: « Les jugements qui prononceront une main-levée, une radiation d'inscription hypothécaire, un palment ou quelque autre chose à faire par un tiers ou à la charge, ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux, MÊME APRÈS LE DÉLAI DE L'OPPOSITION OU DE L'APPEL, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel ».

Tutto il rumore nacque da quella espressione *même après le délai de la opposition ou de l'appel*; quale dei due termini doveva essere trascorso onde potesse eseguirsi la sentenza? *Bastava che fossero passati gli otto giorni*, durante i quali ogni esecuzione doveva rimaner sospesa (salvochè la sentenza non fosse eseguibile provvisoriamente): o doveva essere scorso *tutto il termine* concesso ad interporre opposizione od appello? Ecco la questione. In altre parole: era o non necessario che la sentenza *fosse passata in giudicato*, di maniera che il diritto di appellare fosse perento?

È chiaro che le conseguenze di codesta diversa posizione di cose era molto diversa; mentre nell'un caso la esecuzione poteva essere revocabile ove la sentenza ancora impugnabile coi mezzi ordinari fosse stata riformata; nell'altro aveva condizione, pressochè assoluta, di stabilità.

La espressione era equivoca. Vero è che si trattava sempre di non eseguire la sentenza che *après le délai*, ecc., ma quale dei due termini? Quello degli otto giorni o quello dei tre mesi? Il primo sospensivo, ovvero il generale e complementario?

Lo spirito e l'oggetto dell'articolo poteva essere la misura della sua gravità e influire potentemente sulla soluzione del problema. Ad esempio, rapporto *ad una radiazione d'iscrizione ipotecaria* si comprende abbastanza l'interesse che la legge avrebbe avuto di non permettere una cancellazione momentanea, nel pericolo che la sentenza potesse subire una fase disastrosa, e quindi fosse ragionevole volgere la disposizione equivoca nel senso della sua maggiore estensione in cui si trovava maggior sicurezza. Il quale riflesso era per altro indebolito da due circostanze: 1° la legge faceva conoscere chiaramente di non esser motivata dal timore di un danno irreparabile, o grave almeno, che potesse derivare in tale stato di cose dalla esecuzione; ma che non voleva far altro che tranquillare in qualunque caso i terzi sulla eseguibilità della sentenza; 2° che se la legge francese avesse avuto ad oggetto delle sue discipline piuttosto la gravità della materia che la buona fede dei terzi, non avrebbe permessa l'esecuzione provvisoria, che perciò stesso la legge nostra non ammette (V. più sotto n. 3).

Io credo dover dispensarmi dall'istoriare la questione che si dibatte fra i nostri ingegnosi vicini che, come suole, si sono divisi in due campi (1).

Il legislatore sardo del 1854 non badò a tali rumori e non gl'intese: esso ripeteva con tutta fedeltà, come il napoletano, la disposizione gallica; la quale pure si annoverò fra i dettati del seguente Codice (art. 693 del 1859). Ma invito ad osservare che in quel tempo l'identico testo acquistò una intenzione netta e precisa, atteso il cangiamento ch'era avvenuto nel fondo del sistema appellatorio. Dacchè un *termine solo* veniva a statuirsi (Vedi il succitato articolo 543); la dizione — *ancorchè siano decorsi i termini della opposizione o dell'appello*, non poteva avere che un solo significato, e il doppio senso non era più temibile.

2. Ora vediamo al nostro articolo. Esso ci

(1) Chi ne fosse vago potrà vedere il Pigeau, *Procedura civile*, v° *Hypot.*, § 11, num. 6; Demiau-Crouzillac, p. 377; Carré, quest. 1906; Boncenne, t. II, pag. 41 e seg.; Scialoia, *Commentario del Codice sardo*, t. V, part. I, num. 256, ecc., che tengono il partito, bastare che siano trascorsi gli otto giorni senza opposizione e appello; Chauveau in Carré, quest. 1906; Favard de Langlade, tom. II, p. 476, num. 5; Persil, v° *Radiation de reg. hypot.*, articolo 2157, n. 14; Boitard, agli articoli 548, 550, num. 805; Dalloz, v° *Jugement*, num. 550; Troplong, v° *Hypoth.*, num. 739, ecc., che stanno nel campo opposto. La giurisprudenza delle Corti di Francia è molto varia.

fa fede della elaborazione che ha subita, e dal confronto scorgi le mutazioni. Le parole *ancorchè siano decorsi i termini*, ecc., sono state tolte di mezzo. Infatti quando si è detto essere necessario provare (per modo *positivo*, non per semplice trascorso di tempo) *che non vi è opposizione nè appello*, è manifesto che l'unico termine ad opporre o ad appellare dev'essere trascorso, altrimenti la pendenza stessa del termine basterebbe ad impedire la esecuzione. Ciò esprime anche la lettera il secondo capoverso.

3. Inoltriamoci alquanto più nello studio di questo articolo. Esso è occasionato o reso necessario, se così voglia dirsi, dal dovere separare gli effetti di una sentenza in quanto riguardino *le parti* litiganti, o in quanto riguardino *terzi*. I terzi, a cui favore è scritta questa legge limitativa, non sono punto coloro che vengono colpiti *nel loro proprio e personale interesse* da una sentenza di condanna. Non si potrebbe di fatti concepire come *senza essere intervenuti* nè attivamente nè passivamente in giudizio, fossero soggetti ad esecuzione. Questi terzi sono semplicemente *gli esecutori* della sentenza; esecutori per ragione d'ufficio, come il conservatore delle ipoteche cui è imposto di cancellare una iscrizione dai suoi registri; esecutori in quanto prestano bensì un fatto personale, e un fatto *a loro carico*, come si esprime il testo, ma che deve tornare ad essi indifferente il prestare a favore di una persona piuttostochè di un'altra. Il sequestratario o paghi il suo creditore immediato, o il creditore del creditore, non gliene viene alcun male, non sopporta realmente *un carico*, secondo la impropria espressione del testo. Con tutto ciò si estende il rigore sino a quella clausola, affatto nuova e originale, che *se fra le parti litiganti la sentenza è stata dichiarata esecutiva provvisoriamente*, ciò nulla vale rimpetto a questi terzi.

Dalla nostra legge pertanto si raccoglie con una chiarezza che mai non apparve nei precedenti codici, che quando si tratti del concorso di terzi nell'opera complementare della esecuzione, quantunque o materiale o non dannosa al loro interesse, l'*appello è sempre sospensivo*. Il testo francese conduce alla conseguenza opposta. « Les jugementes *exécutoires* « *par provision* (domandava a se stesso il « Chauveau) qui ordonnent un paiement à faire « par un tiers, peuvent-ils être exécutés par « ou contre ce tiers, *non obstant appel? Evi*« DEMMENT, *oui* » (quest. 1906 bis). Per regola di quella legislazione l'appello o l'opposizione ha effetto sospensivo, ma soggiunge il Chauveau: « Cet article (550 di quel Codice) doit subir une exception toutes le fois *que le prin*« *cipe dont il est l'application le subit lui*« *même*. Or l'appel n'est pas suspensif lorsque « le jugement a prononcé l'exécution provi« soire ». L'eccezione sorgeva dal principio stesso a cui implicitamente l'articolo si riferiva: ora la eccezione viene espressamente rimossa. Si può forse dubitare della bontà di questa legge, almeno so si guardi alla sua estensione; in materia di sequestro specialmente dovrà per necessità modificarsi in presenza di altre leggi che esigono la maggiore celerità, come vedremo a suo luogo; con tutto questo il merito della chiarezza non lo può esser conteso.

4. La *prova* è la più semplice. Non più *certificati del procuratore della parte istante* (articolo 549 del Codice di procedura francese, e 693 del Codice sardo del 1859); non più lo strano spediente di far certificare lo stesso giudice (articolo suddetto); perchè non dovrebbe bastare il certificato del cancelliere?

5. Un'ultima considerazione per distinguere *i terzi*, dei quali discorre il presente articolo, da ogni altro a cui suole attribuirsi questo nome di terzo. Fermo che qui intendiamo coloro contro i quali non è diretta l'azione nè personalmente nè *occasione rei*; e non sono, come li chiamai dapprincipio, che semplici esecutori essi stessi, e non parte in giudizio. Non è dunque da comprendersi in questa legge *il terzo possessore di un immobile*, contro il quale si agisce ipotecariamente (Dalloz, v° *Jugement*, num. 526). Questi può ben dirsi *terzo* in quanto non è tenuto all'azione personale e per obbligazione nominatamente assunta, ma egli dev'essere chiamato in giudizio, ne fa parte essenziale ed è soggetto alle ordinario sue regole, come *qualunque altro litigante*.

Articolo 562.

L'esecuzione forzata deve essere preceduta dalla notificazione al debitore del titolo esecutivo e del precetto, nelle forme stabilite dall'articolo 368.

Annotazioni.

I titoli esecutivi, e le copie in forma esecutiva degli stessi titoli sono atti distinti. Si possono spedire copie di titoli esecutivi, *e non però in forma esecutiva*. L'articolo 275 del

regolamento giudiziario al num. 3 inginnge al cancelliere di tenere un registro *nel quale saranno inseriti gli originali delle sentenze dopo la loro pubblicazione*. Più avanti. « In margine d'ogni sentenza si farà distinta menzione *delle copie spedite in forma esecutiva con indicazione della data relativa*, ecc. Infatti per possedere il titolo esecutivo munito della formole originele ed autentica all'effetto di praticare esecuzione, è d'uopo averne diritto, e l'articolo 557 dichiara a chi appartiene un tale diritto. La legge però non dice cbe *la copia in forma esecutiva*, debba rilasciarsi in una seconda spedizione, ma per quanto si ravvisa dall'erticolo suddetto, il vincitore può cbiederlo anche nella prima spedizione, e ne segue che la notificazione che si farà della sentenza al soccombente, potrà contenere la formola esecutiva, ma per copia di usciere, da non poter costituire *il titolo originale spedito in forma esecutiva*, in virtù del quale si può procedere alla esecuzione.

Così la copia *del titolo esecutivo* che si notifica al debitore conterrà anche *la copia della formola esecutiva* che lo ammonisce della facoltà che ha il creditore di oppignorare quando cbe sia, i suoi beni. Laonde la disposizione dell'articolo 562 è compintamente e secondo il suo scopo adempita in questo modo.

Non disconvengo tuttavia dalla decisione della corte di Genova del 20 marzo 1871 (*Annali di Giusprudenza*, II, 563) in cui si stabilisce non esser caso di nullità se *la copia del titolo esecutivo* non sia accompagnata *dalla copia della forma esecutiva*, essendo di tutta e assoluta necessità che si trovi autentica e originale nel titolo medesimo che si manda ad esecuzione.

Per lo più la notificazione *del titolo esecutivo — sentenza*, precede di lunga quella del precetto, essendovi di mezzo appello e sospensioni. Ma è imposto a rigore che non possa mai notificarsi precetto, se notificato non sia il titolo esecutivo. Notificazione che potrebbe essere *simultanea*, trattandosi di quei titoli che hanno esecuzione per virtù propria, come gli atti contrattuali, o le sentenze dichiarate eseguibili nonostante appello.

Questa regola è limitata dal disposto dell'erticolo 565, come in breve vedremo.

2. *Degli atti amministrativi e della loro esecuzione.*

Gli scrittori francesi, benchè in genere molto governativi, insegnano quasi comunemente che gli atti stessi del potere ammiuistrativo, portanti condanna contro privati, debbano essere rivestiti di formola esecutoria, per organo di tribunale, ond'essere eseguiti (Pigeau, *Commentaire*, tom. II. p. 139; Marcadé, *Des trib. admin.*, num. 287; Carré, quest. 1894; Proudhon, *Traité du domain public*, tom. I, n. 162; Billequin, *Journ. Av.*, tom. II, pag. 603) (1). Nei nostri principii di diritto pubblico non si potrebbe consentire col Chauveau, che tali atti, derivando dallo *stesso potere esecutivo*, ritengano per se stessi quella virtù imperativa che quasi per modo di concessione si comunica dal potere esecutivo al giudiziario. Propugnatore assoluto e costante della divisione e indipendenza sostanziale dei due poteri (2), io non potrei apprezzare la ragione dell'illustro glossografo; ma bene dovrei farmi a ricercaro il momento in cui cesse l'azione indipendente della pubblica amministrazione, e subentra l'azione non meno indipendente del ministero giudiziario.

È del più vitale interesse dell'ordine generale discernere gli emisferi nei quali codeste grandi attività dello Stato procedono senza urtarsi ai distinti loro fini; ma ciò sarebbe troppo magnifico per il nostro umile commento; ci basta molto meno. Ci basta considerare che l'azione generale e collettiva dell'amministrazione pubblica non perde, è vero, il suo carattere solo perchè si eserciti singolarmente contro un individuo, ma quando si tratta di colpire questo individuo nei beni o nella persona, civilmente o criminalmente, quivi si erresta l'azione autonoma dell'amministrazione pubblica: subentrano la ragione dei tribunali e le discipline giudiziarie. Essa deve ottenere un mandato eseguibile, il quale dev'essere munito dell'ordine esecutorio, e non può praticare pignoramenti e spropriazioni che nei modi prescritti dalla legge comune.

3. *Della conformità della copia notificata colla copia in forma esecutiva* (la grosse).

Le giurisprudenza ritiene che se qualche difformità si riscontri, anche d'importanza, fra l'una e l'altra, non sia annullabile la notificazione, dato che la prima che fa l'ufficio di

(1) Il Dalloz concordasi col Carré nel dire che non si conosce in Francia che una sola eccezione, quella della legge sul registro (Loisie, v° *Exécution*, num. 13).

(2) Mi permetto di citare in conferma il mio *Trattato dell'azione penale*, specialmente nel capo I, § 15.

originale, sia perfettamente regolare. Così fu deciso, che non apparendo nella copia notificata la segnatura del presidente o del cancelliere, che d'altronde risulta dalla copia esecutiva, o mancando in quella la menzione che la sentenza è stata pubblicata in udienza, formalità che in questa si vede attestata, la notificazione sussiste (cassazione francese, decisioni 22 maggio 1821, 28 marzo 1825, 16 agosto 1836). Eppure una massima diversa è adottata quando la *copia* della citazione varia sostanzialmente dall'originale (Carré-Chauveau, quest. 237). Ciò dicesi avvenire perchè la copia stessa della citazione notificata è atto di parte, dal quale atto il convenuto può dedurre dei diritti; specie di contratto che deve constare da doppio originale (Chauveau in Carré, quest. 1898, 7). Checchessia io pure terrei l'accennata giurisprudenza, *salvochè la differenza non fosse di sostanza*, ma cadesse piuttosto sopra qualche omissione inconcludente, come negli esempi sopra indicati. Ma omessa, verbigrazia, la somma del credito, il titolo del credito o simili, mancherebbe la notificazione al fine per cui è ordinata, e cadrebbe sotto la censura dell'articolo 56, capoverso 1°.

4. *Del luogo della notificazione.*

La legge richiama l'articolo 368. È però osservabile che quest'articolo insegna *i modi* onde la notificazione della sentenza o dell'ordinanza deve eseguirsi: non dichiara *il luogo* che fu materia del precedente 367; ma io ritengo che anche questo abbia voluto richiamarsi. È pur facile a intendersi, che la notificazione del titolo o precetto esecutivo corrisponda al metodo che si osserva per la notificazione della sentenza a cui fa seguito, e di cui in certo modo è una dipendenza e un corollario. Perchè dovrebbe usarsi un rito più affaticante e più dispendioso di quello? In giudizio di revocazione, che è ben altrimenti distinto e sostanziale, non si è forse ritenuta sufficiente la notifica a tenore dell'articolo 367 nei casi ordinari? Più ancora. Perchè richiamarsi una *disposizione speciale* come quella dell'art. 368, quando la notificazione dovesse eseguirsi secondo il metodo generale delle citazioni? Sembra invero che il richiamo significhi qualcosa di ristrettivo e di comodo al notificante, di che potrebbe essere anche argomento l'art. 569. Ed argomento superiore ad ogni altro porge l'articolo 666, che ordina la notifica della sentenza di spropriazione *giusta la norma dell'articolo* 367, quantunque l'importanza di un tale atto sia, come ognun vede, grandissima. Quale conseguenza dedurre a fronte di questa letterale espressione del testo che io trovo in tutte le edizioni che sono venuto riscontrando?

Noi non possiamo aggiungere alla legge, e intanto riterremo la osservanza dell'art. 368 nella sua integrità. Ma per la regola dell'articolo 110, *se fu nella causa eletto domicilio*, io sono convinto che ivi pure potrà farsi la notifica, e così in certo modo si rientra nella disposizione dell'articolo 367. Similmente si dirà se fu eletto domicilio nel contratto (corte di Torino, 16 luglio 1859, Bettini, t. II, p. 762).

Articolo 563.

Il precetto deve contenere:

1° L'intimazione al debitore secondo le norme stabilite nei titoli seguenti;

2° L'elezione di domicilio per parte dell'istante, con indicazione della persona presso la quale è eletto,

nel comune in cui deve procedersi, o in quello in cui ha sede la pretura nella cui giurisdizione si trova quel comune, se trattisi di esecuzione sopra beni mobili, o di consegna di beni mobili, o di rilascio di beni immobili, o di arresto personale;

nella città in cui siede il tribunale competente a termini dell'articolo 662, se trattasi di esecuzione sopra beni immobili.

Se l'istante abbia domicilio o residenza in uno dei detti comuni, o nella detta città, basta l'indicazione della casa in cui ha l'uno o l'altra.

Articolo 564.

Al domicilio o alla residenza indicata nell'articolo precedente, il debitore o qualunque altro interessato nel procedimento di esecuzione può fare le notifica-

zioni tutte, non escluse quelle di offerte reali e di appello, quantunque l'appello riguardi il merito della causa.

In difetto di elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza, e finchè essa non sia fatta, tutte le notificazioni possono farsi alla cancelleria della suddetta pretura o tribunale.

Annotazioni.

1. *Contenuto del precetto.*

La sua rispondenza e conformità al titolo esecutivo non può esser dubbia. *Il precetto* (alias *atto di comando*, stile enfatico alla francese), il precetto è veramente una *intimazione* che mette il debitore in seria attenzione di ciò che il creditore pretende e vuole da lui. La legge ci rimanda alle sue determinazioni successive. Queste dunque dobbiam vedere. Nel titolo presente non troviamo appartenere al contenuto del precetto che la materia dell'articolo 568, della quale ci passiamo per ora onde portare le nostre osservazioni nell'esame di quello. Ma negli articoli 577, 659, 709, e forse altri, sono disposizioni nella presente virtualmente comprese. La minaccia e la comminatoria degli atti esecutivi o sui mobili o sugli immobili, secondo la intenzione libera del creditore, è del precetto la condizione indispensabile e la ragione essenziale.

Non è raro che il creditore sia dalla sentenza obbligato a prestare qualche fatto o debito, quale condizione della esecuzione medesima. Fra i casi più frequenti è quello *della cancellazione di una ipoteca*. È statuito in qualche decisione che nello stesso atto di comando o precetto egli debba *farne l'offerta* (corte di Torino, 25 marzo 1866, Bettini, t. II, pag. 228). Ma non solo deve farsi l'offerta personale o promessa, ma deve aggiungersi al precetto la dichiarazione formale ed autentica di cancellazione, in guisa che il conservatore possa effettivamente cancellarla senza fatto ulteriore del creditore iscritto. Così se la iscrizione fosse accesa nel nome di un terzo, dovrà presentare il formale assenso di lui. Se è donna maritata o minore, l'atto di assenso dovrà essere autorizzato nelle forme regolari, e vi saranno uniti i documenti necessari, non a semplice offerta di comunicazione, ma per consegna immediata e contemporanea (offerta reale). Senza ciò verranno ad elevarsi opposizioni che arresteranno il corso della esecuzione.

Se trattasi *di atto contrattuale*, vediamo pure di frequente stipulazioni nelle quali si provvede, che, mancandosi di pagare gl'interessi in epoche determinate, si renda esigibile lo stesso capitale. Qualche volta contratti di vitalizio si vogliono sciolti attesa la mora delle pensioni convenute, con restituzione di somme imprentate, ecc. Il *precetto* deve contenere ben chiaramente la pretensione del creditore rivolta allo scioglimento del contratto, al pagamento degli arretrati, alla restituzione della sorte, ecc. Con ciò vengo a dire che anche una siffatta convenzione può esser materia di precetto e di esecuzione.

Si è soliti fare a tal procedura una difficoltà che si traeva dall'articolo 1275 del Codice civile albertino, al quale corrisponde l'art. 1163 dell'attuale. Si dice che *il contratto non è sciolto di pieno diritto;* che conviene quindi ricorrere ai tribunali; che sarebbe un farsi giustizia da sè. Potrebbe replicarsi che il debitore ha diritto di fare opposizione al precetto. Ma più direttamente si risponde, che in quella legge si fa ragione *delle risoluzioni implicite e sottintese* che nascono dalla inosservanza dei contratti bilaterali e corrispettivi; che, ove la risoluzione è stipulata, chiaramente espressa, letterale, non può negarsi al patto solennemente celebrato quella pronta esecuzione che si darebbe ad una sentenza accettata dalle parti. Bisogna però avvertire che coll'ammettere la esegnibilità della legge contrattuale, secondo il chiaro dettato dell'articolo 551, num. 3, non si esclude il diritto di opporre contro il precetto o la eccezione della mora non incorsa, o qualunque altra che valesse a respingere la interpretazione che lo stipulatore ha creduto di poter dare al patto (V. appresso le *Osservazioni* all'articolo 589).

3. *Del cessionario.*

Che il cessionario subentri in forza del suo atto di cessione nei diritti esecutorii del creditore, per continuarli dal punto in cui si trovano, nessun dubbio. Tale cessione non involve la questione del litigioso (articolo 1546 del Codice civile), poichè lungi che la disputa si bilanci sulla *sussistenza* e validità dei titoli ceduti, si tratta di questione decisa e di esecuzione. Al cessionario non incombe che farsi riconoscere dal debitore *colla intimazione* prescritta dall'articolo 1539 del prefato Codice; e colla notificazione, se vuolsi, *dell'intero atto di cessione*, secondo la opinione del Dalloz, v° *Saisie-exécution*, num. 15.

4. *Dei debitori solidari.*

Il creditore può chiedere il debito contro uno dei suoi debitori solidari; e anche percuoterlo di esecuzione in forza della sentenza che ha ottenuto contro di lui senza pregiudizio verso gli altri (art. 1186 del Codice civile). Ma se i condebitori non sono stati citati, se contro di essi non fu pronunciata sentenza, o se non fu riconosciuta la solidarietà, la esecuzione non potrebbe estendersi anche ad essi, e di regola non si potrebbe loro notificare il precetto mancante della sua base, cioè del titolo esecutivo. Nel supposto che si fosse nonostante notificato, gl'intimati potrebbero chiederne la nullità. Che sarebbe se invece di chiederne la nullità, i condebitori valendosi del rimedio della opposizione, eccepissero del merito; negassero per esempio la solidarietà almeno in quel grado, o allegando che il credito non è scaduto, ed osta una condizione o simili? Essi medesimi si fanno autori di un giudizio di merito, accettando quanto alla forma il precetto; laonde quando la opposizione fosse rigettata, potrebbero essere in virtù di quello colpiti di esecuzione.

Tanto a spiegazione del num. 4 del commento degli articoli 563, 564 delle passate edizioni.

Rammento in questo proposito che la corte d'appello di Napoli (sentenza 1 ottobre 1870, *Annali di giurisprudenza italiana*, II, 573) ritenne valida la intimazione di un precetto di pagamento fatta a condomino indiviso, non premessa la divisione.

5. *Della elezione del domicilio.*

a) È imposta al creditore eseguente per agevolare al debitore le difese che in quella condizione di cose gli sono possibili, senza frapporre ritardi. È lo stesso precetto (ma potrebbe anche farsi con atto separato contemporaneo) che contiene *la elezione del domicilio*, ossia la indicazione *del luogo*, *della casa e della persona* cui è conferito con ciò il mandato di ricevere le notificazioni contrarie, e viene a questo effetto considerata come la persona stessa del creditore. Le notificazioni sono personali in conformità degli art. 139 e 140.

b) È stabilito che se in più comuni si estenda la esecuzione, si deve eleggere in ogni comune il domicilio (Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n. 40). È una comodità preparata al debitore, onde alle sue intimazioni può preferire il luogo che gli tornerà meglio, posto anche fossero più gli opponenti in vari luoghi domiciliati, se trattasi di esecuzione unica.

c) *Se i terzi possano notificare i loro atti allo stesso domicilio* è una questione seriamente dibattuta in Francia, con una legislazione simile alla nostra. Sono per la negativa Carré, Pigeau, Dalloz, Coffinières ed altri, per l'affermativa, insieme ai vecchi commentatori della ordinanza, Merlin, Thomine, Chauveau, ecc. La questione è sapientemente e *per la prima volta* troncata dall'articolo 564: « Il debitore o *qualunque altro interessato nel procedimento di esecuzione* », ecc. E ciò è ragionevole affinchè si adempia allo scopo principale della legge, che è quello di far presto.

d) Se l'eseguente abita nello stesso comune, pretura o città, basterà *che ne faccia indicazione:* è certo ch'egli non potrà portare altrove il suo domicilio senza surrogarvi un domicilio di elezione nel luogo legale; in questo la sua libertà è circoscritta dal contratto giudiziale. Gli opponenti manderanno i loro atti al domicilio antico, ove non prescelgano la cancelleria *della pretura* o *del tribunale*.

e) Il procuratore si ritiene avere abilità per fare la elezione in ogni caso che non risultasse dal precetto che è sempre fatto in nome della parte (corte di Torino, 18 aprile 1856, *Commentario del Codice sardo*, vol. 5, p. 1, num. 366).

f) In effetto tutte le notificazioni che avranno luogo nel corso del giudizio esecutivo si accentrano a questo domicilio. Sino a quelle che riguardano l'*appello nel merito della causa*, imperocchè la esecuzione può essere provvisoriamente ordinata, nonostante appello.

d Anche la *questione di nullità per omessa elezione di domicilio*, o la questione della sanatoria che alcuni autori posero nel processo verbale di esecuzione, è tolta via. Può bene ometterla il creditore; egli ne paga la pena nel subire, con suo disagio, le intimazioni alla cancelleria. Non dubito però che potrà in seguito fare a parte e con atto separato la sua elezione in qualunque stadio del processo.

Articolo 565.

Non è necessario il precetto per l'esecuzione di una sentenza, quando si proceda nei cento ottanta giorni successivi alla notificazione della medesima, se la sentenza condanni a consegnare cose mobili, o a rilasciare immobili, colla prefissione del termine in cui si debba eseguire la consegna o il rilascio.

In questo caso l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza può farsi dal creditore nell'atto con cui viene notificata la sentenza. Può anche farsi verbalmente dopo la pubblicazione della sentenza, quando questa pubblicazione tenga luogo di notificazione; il cancelliere ne fa risultare nel processo verbale di udienza.

Annotazioni.

1. L'attuale disposizione è pure una antiveggenza del nuovo Codice, mentre qual ragione ci sarebbe del precetto *se la sentenza stessa assegnasse il termine a consegnar mobili o a rilasciare immobili* (titolo IV, art. 741 e seg.), dappoichè il precetto principalmente intende *a mettere in mora il debitore*, ed a prefiggergli il tempo dello adempimento? Il termine decorre dalla notifica della sentenza: ecco tutto. Tale notifica tien luogo del precetto, di maniera che nello stesso atto può farsi la elezione, ossia la indicazione della elezione del domicilio.

È previsto il caso di una sentenza notificabile *per via di pubblicazione* (art. 437). Il domicilio può eleggersi verbalmente; *la prova* si farà risultare dal processo verbale d'udienza.

2. Ma qui *del titolo esecutivo e della sua notificazione* non si fa parola. Si è esonerati dall'invio del precetto, che è già contenuto nella sentenza, non dalla notificazione del titolo esecutivo. Molto meno siamo autorizzati a fare una esecuzione senza la copia rilasciata in forma esecutiva. Si comprende che *una sola notificazione potrà farsi della sentenza* che soddisferà ad un tempo alla doppia ingiunzione dell'articolo 362, stantechè la sentenza essendo in istato eseguibile, sarà munita dell'ordine esecutorio. Mentre però non comprendo come possa essere munita di ordine esecutorio o passare come documento autorante nelle mani dell'usciere una sentenza *che si è ascoltata a leggere*. Faremo dunque questa giunta necessaria. La pubblicazione di una sentenza pretoriale (detto articolo 437) o di conciliatore (articolo 464) varrà finchè si vuole, una vera e personale notificazione, *ma non potrà valere il titolo esecutivo*. Dovrà dunque la sentenza spedirsi in forma regolare a questo effetto, e notificarsi, onde possa esser mandata ad esecuzione.

Articolo 566.

Il precetto diventa inefficace trascorsi giorni cento ottanta senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione.

Nel caso di opposizione, questo termine decorre dalla notificazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente.

Annotazioni.

1. La procedura francese nell'articolo 674 impone legge che in fatto di *esecuzione immobiliare* chi lascia scorrere oltre tre mesi *depuis le commandement* non può andar avanti nella esecuzione senza ripeterlo. La dottrina giuridica parve concorde nel ritenere che quella legge d'ordine non potesse venir estesa *alla esecuzione mobiliare* (Carré, q. 1997; Chauveau, ivi; Dalloz, v° *Saisie-immobil.*, n. 37; Lepage, *Questions*, p. 397, 398). Il novello Codice ne ha fatto una regola generale e comune portando il termine di tre mesi a sei, senza differenza di somma. La minaccia dell'esecuzione, dilavata dal tempo, ha perduto il suo vigore; il debitore è ricaduto nel sonno: bisogna risvegliarlo con un altro squillo di tromba.

2. *Della rinnovazione del precetto.*

In qual buona fede abbia potuto addormentarsi colui che sa di avere un debito giudicato, e di non averlo pagato, davvero non si scorge. Piuttosto è la legge stessa che dal troppo lungo silenzio argomenta che lo stesso preteso creditore non sia in buona fede; vuol conoscere come stanno le cose, e mettere il debitore in grado di fare le sue opposizioni. Non vuol privarlo dei vantaggi che gli possono derivare dal riassumere il processo da quel punto onde si presero le mosse più mesi sono. *Ma il precetto non potrebbe riuscir caduco per qualche altra ragione?*

Possono essere sopravvenuti dei fatti, si dice, tali da rendere indispensabile la rinnovazione del precetto. A cagion d'esempio, se il creditore ha riscossi degli acconti, si sono aperte trattative di transazione, c'è stato di mezzo qualche accordo. In questo senso vanno senza esitare Dalloz, v° *Saisie-immob.*, n. 34;

Chauveau in Carré, quest. 1997. Adagio; e poniamo bene la questione. Le discussioni, le trattative potranno valere *a restringere il termine legale e a rendere più presto caduco il precetto;* o per contro potranno invocarsi dal creditore *per difendersi dall'allegata caducità del precetto, anche trascorso il termine legale?* Noi siamo in questo secondo avviso, e così rovesciamo i termini della questione. I tentativi di conciliazione, le pratiche, le trattative non riuscite, col dar ragione della sospensione, non imputabile quindi a negligenza, ad oblio del creditore, possono anche, secondo i casi, sottrarre quei giorni alla sequela dei 180; ma favorire il debitore, non mai. Se ha pagato degli acconti, ha con ciò riconosciuto il debito: le pratiche dell'accordo gli hanno, se non altro, tenuta viva nella mente la memoria del debito e la insistente pretesa del creditore.

3. Il precetto è caduco, ma tutto ciò che può rinnovarsi è una semplice questione di tempo. Il precetto è caduco all'effetto della esecuzione, di cui è il prodromo e l'antiguardo, ma non è cancellato dalla storia degli atti utili. Qualche cosa ha operato nella sua qualità di atto conservatorio: ha potuto interromper la prescrizione (articolo 2125 del Codice civile). « Ainsi, ha detto il Carré, l'on ne peut dire « que le commandement soit *périmé* dans la « véritable acceptation de ce mot ». La nostra legge poi ci fa sentire nella chiarezza della sua espressione che, *se qualche atto di propria e vera esecuzione venne operato dopo il precetto*, non occorre più rinnovarlo; il procedimento è radicato, il tempo intermedio non può pregiudicarlo.

4. Sendovi di mezzo *atti di opposizione per parte dell'intimato*, il termine del sei mesi non comincia a decorrere che *dalla notificazione della sentenza che abbia posto fine all'incidente;* laonde non si conta il termine anteriore.

Anche il processo esecutivo è soggetto *alla perenzione:* ma alla perenzione di diritto comune, a quella del triennio (art. 388, Chauveau, quest. 2221).

Del precetto esecutivo in relazione all'articolo suddetto (Aggiunte delle precedenti edizioni).

Atti di esecuzione che preservano dalla perenzione dei 180 giorni.

Il precetto per se stesso minaccia e non opera la esecuzione; scorsi 180 giorni, *senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione*, rimane inefficace, e bisogna rinnovarlo.

Ed essendo nel Codice tracciata la procedura esecutiva, è facile vedere quale sia l'atto di esecuzione che sussegue il precetto. Trattandosi di esecuzione mobiliare, senza dubbio il primo atto di esecuzione *è il pignoramento* che si effettua per ministerio di usciere; e niuno altro atto può valere il pignoramento.

Anche in oggetto di esecuzione immobiliare il precetto nudo e non seguito da verun altro atto è soggetto alla stessa perenzione. Ma il precetto, non nudo ma vestito della trascrizione, ha una sua propria efficienza esecutiva, perfezionandosi colla notificazione dalla quale la legge dichiara prender vita la esecuzione. Ed è questo realmente il primo atto di esecuzione. Nè sarebbe luogo ad opporre che il precetto non può dare a se stesso quella permanente efficacia che deve ricevere da altro atto che è fuori di lui; imperocchè la trascrizione e la notificazione operando quegli effetti giuridici che la semplice ingiunzione precettiva non produce, ed eseguendosi in tempo posteriore, deve considerarsi atto distinto che, siccome il pignoramento nella esecuzione mobiliare, costituisce il pegno giudiziario (1).

La sentenza, ora citata in nota, adduce anche un altro argomento del tutto perentorio a distinguere, per quanto si riferisce alla sanzione dell'art. 566, la ingiunzione del precetto, e l'atto di trascrizione e notifica. Ed è che per l'articolo 2085 del Codice civile gli effetti della trascrizione non cessano che per l'abbandono di un intero anno, laddove il semplice atto di precetto si perime nel termine di 180 giorni.

In tempo anco più recente (18 genn. 1870) questa massima ha ricevuta una solenne affermazione dalla corte di Milano (*Monitore dei Tribunali* 1870, p. 181) che ha seguito i veri principii, considerando distinti dal precetto ingiuntivo l'atto di trascrizione e di notificazione che non completano il precetto come si diceva in contrario, ma *lo estrinsecano in atti di vera esecuzione* giudicabili dagli effetti ch'essi producono.

Se non che per raffermare il precetto e sottrarlo a questa specie di prescrizione che per esso è eretta, gli atti di esecuzione devono esser validi (cassaz. di Torino del 7 febbraio 1867. Bettini-Giuriati, 1, 92). Si potrà

(1) Così ottimamente ritenne la corte di appello di Napoli nel 15 gennaio 1868 (Bettini-Giuriati, part. II, pag. 10).

credere che il procettante ebbe la buona intenzione di fare un atto valido e non vi riuscì, ma la prescrizione nel nostro sistema è un istituto formale e non si governa, se non per certi rispetti, dalla intenzione e dalla buona fede. L'articolo 2128 del Codice civile ha già stabilito che atto nullo per difetto di forma non influisce ad interrompere la prescrizione.

È osservabile, che tradotta una volta ad atto estrinseco la ingiunzione precettiva, non può più essere invocata la perenzione dell'articolo 566, sebbene la procedura, per inerzia del creditore, resti di nuovo sospesa oltre il termine ivi dichiarato. Non avviene quindi come di altra maniera di prescrizione, anche meramente perentoria della procedura, che dall'atto interruttivo ricomincia e ripete il suo corso. Il precetto entrando nella fase della esecuzione, è consumato avendo prodotto il suo effetto (1).

Havvi allora, rapporto alla esecuzione immobiliare, un duplice ordine di perenzione: l'uno che nasce dalla legislazione speciale e l'altro dalla generale. Si è notato or ora che per l'articolo 2085 del Codice civile cessano gli effetti della trascrizione del precetto *se la istanza di spropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno*. La legge ha voluto con ciò ammonire che non si lasci compier l'anno senz'aver fatto istanza per la vendita, o per parte del creditore procedente o di altri che alla surrogazione avessero diritto. Anche siffatta perenzione una volta resa ineffettuabile più non ricomincia nè si riproduce, secondo l'indole di quelle prescrizioni che si estinguono in forza di una causa che non ne permette il ritorno, o perchè non sia più possibile veruna prescrizione, o perchè una prescrizione d'altro genere sia per cominciare dopo quell'atto. Cessato il pericolo della perenzione del precetto, ed essendo in corso la procedura, la istanza stessa può cadere in perenzione per applicazione di un'altra legge che è l'art. 338, prolungandosi il sonno dell'istante fino ai tre anni, ma non si parla più della inefficacia del precetto.

È troppo evidente che rimpetto all'art. 566 il precetto esecutivo non è un atto di esecuzione, questione che si è venuta rinnovando così spesso, come vedremo più avanti, facendone una questione di massima e di principio, anzichè un giudizio di relazione conformato alla diversa indole delle questioni nelle quali è luogo a conoscere dell'indole giuridica del precetto. Ora vediamo chiaramente che il precetto che rimane isolato da ogni atto esecutivo, ossia da ogni conseguenza e da ogni effetto che la sua minaccia tende ad autorizzare, non è esecuzione, non fa parte di una esecuzione; esprime una volontà, un proposito che non ebbe seguito. Ma si comprende ancora che quanto il precetto è attaccato alla esecuzione; o il valore e la efficacia del precetto stesso viene disputato mediante un giudizio *di opposizione*, in tal caso *quæstio est executionis* e il particolare procedimento statuito a tali giudizi dev'essere osservato. Questo dico in generale e nella occasione del presente articolo, salvo di riparlarne più avanti.

Sul capoverso dell'articolo 566.

La legge chiama la opposizione un *incidente* del giudizio di esecuzione, ed è assai rimarchevole. Non essendo imputabile al creditore se nel tempo occupato dalla opposizione non si procede ad atti esecutivi, la giustizia della sospensione del termine perentorio è manifesta. Se la sentenza di opposizione è appellata, la sospensione continua sino al termine dell'*incidente*, termine che si consuma nell'atto di notificazione della sentenza che forma la regiudicata sulla opposizione.

Articolo 567.

Il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge.

Se la cumulazione risulti eccessiva, l'autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa, e può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni.

(1) Quindi il dire di alcuni che quantunque trascritto e notificato, il precetto si perime nel termine dei 180 giorni se non sia fatta entro questo termine la istanza per la vendita.

Annotazioni.

1. Il tema della cumulazione dei mezzi di esecuzione non è ancora abbandonato dalla critica giudiziaria che lo reputa in qualche modo feroce e troppo gravante. Si ricordano con soddisfazione le vecchie Costituzioni piemontesi che distribuivano la esecuzione per gradi, dal mobiliare all'immobiliare, e da questo all'arresto della persona. Si possono dir cose pro e contro; eppure tenendo l'occhio a quel gran numero di spedienti che il legislatore ha saputo trovare per agevolare al debitore sotto la tempesta degli atti esecutivi il soddisfacimento del suo debito, qualcuno vorrà vedervi un compenso. La garanzia del creditore anzitutto, e assicurare l'esito della esecuzione. A questo fine s'inspira la legge, che d'altra parte si affretta a portare il correttivo, e dare in mano al magistrato il freno della esecuzione medesima. Le parole del *capoverso* devono intendersi con semplicità e nello spirito con cui furono dettate. La legge lascia un lato arbitrio al giudice: si confida alla sua cognizione d'affari, alla sua prudenza; l'eccesso è qualche cosa che risalta e non ha bisogno di studi; è qualche cosa che offende il senso della equità e della giustizia. La legge però sembra porre a primo tratto una regola da cui il giudice non potrà scostarsi. *Restringere il procedimento ad un solo di quei diversi mezzi* di cui in principio si è permesso l'uso cumulativo.

Sono mezzi o subbietti di esecuzione: le cose mobili; le immobili; la persona del debitore. Investito di un tanto potere su tutto ciò che vi ha di più prezioso, i beni e la libertà, il creditore potrebbe ad un tempo solo apprendere i mobili e gl'immobili del debitore e gettarlo in carcere, se anche questo modo di esecuzione sia autorizzato da sentenza. Potrebbe farlo sì per un grande che per picciol debito, salvo il vedersi poco dopo privato di una parte del pegno, e lui stesso *condannato al risarcimento dei danni*: per cui la facoltà è, si può dire, data e tolta colla legge medesima. Ebbene: il creditore sceglierà uno dei mezzi, rinuncierà agli altri. *Ma potrà egli scegliere a sua posta in ogni caso?*

Noi abbiamo fatto una ipotesi estrema; abbiamo supposto consumata ad un tratto la triplice esecuzione. Il creditore inesorabile che aveva appreso in abbondanza mobili e stabili, vi rinuncia per tenere il suo uomo in prigione. Può farlo? Egli ha messa la mano sopra una sostanza più che sufficiente, per quanto appare, a liberare il debito; ma no signore, vuol cavarsi questo capriccio, o soddisfare questa vendetta, di tenerlo in prigione. Il carcerato invoca la umana disposizione dell'art. 2014 del Codice civile. Ivi è statuito « che il debitore « può liberarsi dall'arresto personale pagando « un quarto della somma dovuta con gli acces« sorii e dando per resto una cautela », ecc. Egli dirà che il creditore prossimo ad essere pagato per intero, avendone in mano il pegno, è già come lo fosse; griderà al dolo, all'assurdo legale, domanderà la sua pronta liberazione. Essendo questo il lato peggiore del sistema, ci sarebbe non poca difficoltà a difenderlo per via di ragione; ma *lex est*. Oltre questo che è il massimo degli argomenti, si verrà osservando: 1° che dovendo il creditore rinunziare ai mezzi *reali* di esecuzione, il debitore si trova rimesso nella libera disponibilità dei suoi beni e può pagar tosto il suo debito; 2° che l'arresto, quantunque civile, quantunque motivato da un debito civile, non è immune da una tinta di penalità, mentre non suolo ordinarsi l'arresto personale che per obbligazioni alle quali non avrebbe potuto mancarsi senza dolo, almeno d'origine (articoli 2093, 2094 del Codice civile); e così si cercherà di attenuare la odiosità del sistema.

2. L'autorità giudiziaria potrà restringere l'esecuzione *qualora un mezzo solo sia stato portato ad effetto e nonostante risulti eccessivo?*

Non si sono pignorati che dei mobili, ma in quantità molto superiore al montare del debito. Motivo di dubitare è quella locuzione del testo: *può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto*, ecc., sembrando che il tribunale non abbia questa facoltà che nell'esercizio contemporaneo di più mezzi di esecuzione. Ma la ragione della legge è identica. La riduzione di una esecuzione eccessiva può sempre ordinarsi. Se questo canone non fosse compreso nella legge che parla di mezzi diversi insieme accumulati per ingrossare fuor di misura il pegno, sarebbe un portato della ragione generale. Allora non vi avrebbe scelta del creditore: siamo d'accordo (V. art. 584).

3. *Del cumulo dei mezzi conservatori.* Tali sarebbero i sequestri, le inibizioni a non pagare, ecc., all'oggetto di guarentirsi da temute dispersioni. La giurisprudenza tiene con ragione che non si eserciti in questo stato di cose la facoltà dell'art. 567 (corte di Torino, 12 novembre 1857, Bettini, part. II, p. 690).

Articolo 568.

L'esecuzione forzata non può aver luogo per un debito incerto, o non liquido.

Se il debito sia di specie non liquidate, e di effetti non stimati, finchè non sia seguita la liquidazione o fatta la stima, non si può procedere alla vendita dei beni, nè all'arresto personale.

Annotazioni.

1. *Debito incerto — debito non liquido*: la legge non può aver fatto lusso di sinonimi. Debito *non liquido* è anche *debito incerto*; ma incerto *di quantità* e non *di causa*. Debito incerto sarebbe il condizionale, l'eventuale, l'alternativo con ozione del debitore. Il Codice civile (art. 2081) posò questa regola per la esecuzione sugli immobili; l'articolo 568 della procedura ne fa una regola generale.

Ognun vede che la legge parlando di quei diritti che consistono in quantità numeriche, non avvisa letteralmente a quelli che hanno base nella realtà; la vindicazione di un fondo, il rilascio di beni mobili o immobili. Lo scopo di questo articolo è principalmente di mostrarci in qual senso esso intende la nozione della liquidità.

Quando si tratta *di specie* (di misure di grano, di vino, di olio, ecc., di oggetti individui) il titolo è certo e liquido per procedere all'esecuzione, non lo è *per la vendita dei beni pignorati nè per l'arresto personale*. La ragione è evidente. Nulla manca infatti alla perfezione del precetto che contiene quella quantità inestimata, o quell'oggetto, poichè il debitore pagando in natura, come suol dirsi, può bene liberarsi dalla esecuzione, e la esecuzione stessa ha dati sufficienti per essere apprezzata dall'equità del giudice. Ma la stima e la valutazione in danaro diventa necessaria dal momento che deve stabilirsi il prezzo d'asta, ogni valore risolvendosi in danaro rimpetto ai terzi.

Per quanto spetta *all'arresto personale* vi è una ragione diversa. Il creditore è obbligato a fornire un dato preciso di valore onde il debitore possa prontamente e senza contestazioni soddisfare al debito e liberarsi dall'arresto.

Che poi il testo non disponga che di titoli pecuniari e di specie riducibili in pecunia, e non di altri diritti forzatamente esigibili, è ulterior prova che *l'arresto personale* può consumarsi per tali che non sono suscettibili di liquidazione, e non hanno rapporto di quantità (art. 2094 del Codice civile).

2. In tre atti o momenti distinti può contemplarsi la liquidità o illiquidità del credito: 1° *Nel titolo esecutivo*. E in vero il precetto destinato a riassumere tutti i caratteristici del diritto esigibile dev'esserne lo specchio fedele; 2° *Nello stesso precetto*. È stato detto assai bene che il precetto nell'ordine esecutivo, equivale alla citazione; 3° *Nei fatti legittimi che si elevano contro lo stesso precetto*, ossia nella *opposizione* del debitore di cui esamineremo l'indole e la podestà, parlando dell'articolo 579 e altrove.

Il *titolo esecutivo* potrebbe portare una somma liquida; un debito capitale di mille, dichiarato fruttifero, ma senza indicazione di somme e di ragguaglio rapporto agl'interessi. Il precetto vi aggiunge gl'interessi in una somma precisata. Questione, se il creditore possa farne ingiunzione precettiva al debitore, non essendo liquidati nella sentenza. Ovvero il precetto aggiunga i liquidati interessi che assevera scaduti. Da ciò si vede scaturire il duplice esame: 1° sul confronto del precetto col titolo esecutivo e in quale relazione debba stare con quello; 2° sulla facoltà che abbia il creditore di aggiungere al titolo esecutivo nel precetto in quanto non faccia che esplicare alcuni dati nel primo genericamente compresi. Da ultimo la *opposizione* contenendo il diritto di eccepire nuovi titoli liquidi, ed anche di attaccare la liquidità del credito denunziato, può concentrare in sè la controversia della liquidità, che io dissi essere il terzo momento della sua possibile opposizione.

3. Si è sempre distinto in questa materia fra quantità *di facile e pronta* ed altre di *più indaginosa e contenziosa liquidazione*, o più ancora, che non presentano una base positiva e certa a tale operazione.

Intorno al primo soggetto è ben facile a comprendersi che se fosse sempre richiesta una previa liquidazione giudiziale, non potrebbe mai eseguirsi un atto contrattuale. Il locatore che ha stipulate le sue corrisposte in danaro, è creditore liquido e certo comunque sia ancora da precisarsi la somma: se tre rate gli sono dovute, si sa bene a quanto ammontano. « Le titre portant le prix annuel des » fermages, la créance se trouve liquide et

« certaine par suite de l'évaluation donnée au « formage annuel » dice a questo proposito il Carré, quest. 1912.

Questo principio di avere *per liquido ciò che è facilmente liquidabile* è adottato anche dalla nostra giurisprudenza (corte di Torino, 22 ottobre 1858, *Gazzetta dei tribunali*, pagina 843; Nizza, 29 gennaio 1858, Bettini, part. II, pag. 288; V. la stessa collezione, anno 1862, pag. 428).

4. Vuolsi distinguere inoltre fra quelle enunciative che rendono nullo il precetto e quelle che mediante l'opposizione sono riducibili. Ossia *fra le enunciative infondate e propriamente aggiunte, e quelle che sono fondate e contenute nel titolo esecutivo, avvegnachè possano subire eccezioni* tali da essere diminuite nella quantità o anche venire eliminate dalle eccezioni medesime.

Cominciando dall'ultimo, può dimostrarsi nella opposizione in modo positivo avvenuta la prescrizione? In tal caso il credito sparisce, la esecuzione è impossibile (Vedi però l'articolo 579). *Ma il precetto non è nullo*; rimane operativo nelle altre parti (corte di Torino, 1° aprile 1858, Bettini, part. II, pag. 430). La somma intimata è forse eccessiva, ma nella massima parte è certa e indisputabile? Ebbene: *può esser ridotta, salvo la validità del precetto.* Ciò è stato deciso molte volte (corte di Torino, 12 settembre 1855, Bettini, part. II, pag. 194; 12 ottobre 1857, ivi, part. II, p. 748; 23 dicembre 1858, part. II, pag. 928, ecc.). Lo può essere per opposizione dell'intimato, o anche per atto spontaneo del creditore; *ma prima però*, a parer mio, *della esecuzione effettiva*. Credito non formulato in cifra è credito liquido nonostante, quando ha con sè tutti gli elementi del calcolo: ma quando si parla *di eccesso*, poco o molto che sia, vi ha una parte d'indebito, ingiustamente pretesa; il debitore è aggravato, non può offerire immediatamente la somma, all'uscire per esempio; e gli conviene sostenere una contestazione. Tale condizione gli è stata creata dall'esegnente contro il testo espresso, e contro ragione. La legge è precisa e ben distingue. *Le specie* dovute, e soltanto le specie dovute, si convertono in formula pecuniaria *avanti la vendita*, per la ragione che dissi a principio; dalla quale formula emerge il valore mercatabile, *quel valore però che in esse specie era già contenuto.*

Articolo 569.

Nel caso di morte del debitore, l'esecuzione cominciata può proseguirsi contro gli eredi senza che debba sospendersi o riassumersi.

L'esecuzione s'intende cominciata, riguardo ai mobili col pignoramento, e riguardo agli immobili con la notificazione del precetto.

Qualunque notificazione si debba fare agli eredi nel corso dell'esecuzione può farsi loro collettivamente all'ultimo domicilio del debitore, se abbia luogo entro l'anno dalla sua morte.

Annotazioni.

1. Le dottrine che qui si vengono accennando si collegano a quelle esposte nel commento dell'art. 560. *La esecuzione cominciata si prosegue*, e non si fa grazia agli eredi neppure della tenue sospensione concessa dal detto articolo 560, che perciò si applica chiaramente ed esclusivamente *ad esecuzione non cominciata*. In tale stato di cose, assumendo il creditore un vero giudizio *ex integro* (mentre si considera per sè sussistente e separato dal merito il giudizio d'esecuzione), deve, senza eccitamento alcuno, informarsi quali siano le persone che dovrà colpire cogli atti esecutivi; e se citasse il debitore defunto, non verrebbe a soccorrerlo veruna finzione legale che gli facesse perdonare questa non inconsueta profanazione del sepolcro. Per l'articolo 569 egli continuerà i suoi atti contro quel defunto che gli sarà lecito di credere ancora fra i vivi; che se in questo mezzo tempo gli venisse *notificata la morte*, è giocoforza che cessi la finzione, e dovrà gli atti successivi intitolare agli eredi. Quando adunque l'articolo dice: *la esecuzione non deve sospendersi o riassumersi* in confronto degli eredi, non significa che il giudizio debba procedere contro il nome del defunto, se la morte fu notificata. Niuna mutazione però in quanto al luogo cui il creditore manderà le sue intimazioni, se preesiste domicilio eletto, secondo le osservazioni da noi fatte sull'articolo 562; ovvero il domicilio sia stato eletto nell'atto di opposizione, secondo ciò che diremo all'articolo 579.

2. A questa teoria è suggello il secondo capoverso dell'articolo presente. Ivi infatti si prevedono atti da farsi contro gli eredi, co-

mechè il soggetto dell'articolo *sia una esecuzione già cominciata*. Il domicilio a cui si dirigono è *quello stesso del defunto*, sia naturale o elettivo. Alla condizione però che *la notificazione abbia luogo entro un anno dalla sua morte*. Entro questo giro un'altra comodità è largita al creditore: *la notificazione collettiva* agli eredi; una sola copia per tutti, al domicilio del defunto, come ad un ente morale.

A stabilire quei limiti, la legge parte da due dati d'esperienza. Che in un anno possa portarsi a termine qualunque giudizio esecutivo. Che gli affari della eredità, dopo un anno, abbiano acquistato una consistenza e un ordine definitivo al quale giovi mettere in corrispondenza le relazioni giuridiche esteriori. Su questo argomento scrive l'illustre Scialoja nel commentario: « Certamente la facoltà conceduta al « creditore d'intimare gli atti al domicilio del « defunto è una grande agevolazione per lui. « Essa è motivata dalle ragioni medesime che « indussero il legislatore a non richiedere nè « la notificazione prescritta dall'articolo 1099 « del Codice civile (1), nè la riassunzione di « istanza in caso di esecuzione incominciata. « Ma questo beneficio troppo lungamente pro- « tratto riuscirebbe dannosissimo agli eredi, « *creando per essi una specie di domicilio fit-* « *tizio e obbligatorio*, potrebbe esporli a gravi « inconvenienti se non avesse un certo termine. « Quello di un anno è sembrato sufficiente; « perchè in termine così lungo potrà nella « maggior parte dei casi esser condotta a com- « pimento la esecuzione; e perchè, ove non « fosse, i domicili degli eredi possono in ogni « tempo esser facilmente conosciuti, e per- « chè infine una eccezione al diritto comune « fa d'uopo che non si estenda oltre certi di- « screti confini » (vol. V, part. I, n° 268).

Ritenuto che la ragione determinativa di tale disposizione è *l'interesse degli eredi* in quanto dopo un anno si ritengono costituiti in una posizione incompatibile colla *collettività* nella quale dapprincipio possono confondersi, ne deriva, che quantunque il processo esecutivo fosse stato interrotto e sospeso per cause non imputabili al creditore eseguente, verbigrazia dall'appello, non si potrà ovviare al calcolo materiale del tempo e prolungarlo, perchè sarebbe turbato quell'ordine che la legge si è proposto di osservare.

4. Vi è però qualche cosa d'interessante che la legge non dichiara. Fermo che il termine dell'anno è perentorio, e che a questo punto il creditore è obbligato a seguire il diritto comune della notificazione verso gli eredi, di presentarli cioè ai rispettivi loro domicili, si domanda *se il creditore stesso debba assumerne la indagine*, chi sa quanto lunga e laboriosa, e i rischi, come al vergine cominciamento di una lite; *se non abbiano piuttosto gli stessi eredi a denunciare il proprio domicilio;* quel domicilio che, a quanto pare, non avevano obbligo di denunciare coll'atto che notificò la morte dell'attore, mentre allora non era necessario conoscerlo, e nel corso dell'anno poteva esser cangiato. Sembra in verità che il creditore, sciente che un nuovo periodo comincia col quale un diverso rito gli viene forzatamente imposto ond'è rimandato alla osservanza della legge comune, sembra dissi che lo stesso creditore debba indagare il domicilio degli eredi; nè questi possono gravarsi della obbligazione di una denuncia di cui non è parola nel testo e sarebbe esempio nuovo nella procedura. Allo stato degli atti, al volger rapido della esecuzione verso il suo termine, caricare il creditore di questo impiccio è per certo cosa grave e poco si direbbe in armonia col nostro articolo che fa le viste di troncar via tutti gli indugi *quando la esecuzione è cominciata;* codesti eredi potrebbero esser molti, sparsi chi sa in quali regioni; delle responsabilità nuove vengono a cadere sul creditore alla fine di un faticoso processo, nel momento in cui sta per cogliere il frutto di tanti dispendi. Queste riflessioni mi fecero esitare; ma il difetto è nella legge e in certe sottili e scrupolose previdenze, che io non so se sia meglio conservare o abrogare. Concludo adunque che non sono obbligati gli eredi a denunciare il proprio domicilio (2).

5. *Nell'esecuzione mobiliare* il precetto non è che un avvertimento e una minaccia; non è neppure essenziale come prova l'articolo 565. *Nella immobiliare*, è un atto reale, ed appartiene al sistema organico dello stesso processo. *Il precetto è trascritto*, secondo è imposto dall'articolo 2085 del Codice civile; per esso la condizione del proprietario è immediatamente cangiata: i frutti sono immobilizzati (articolo citato).

(1) Questo articolo non ha corrispondente nell'odierno Codice civile. È una disposizione di fatti che ha una sede propria nella procedura.

(2) Ulteriore riflesso; il creditore ebbe tempo un intero anno, nel qual tempo aveva maggiore agevolezza di procedimento: ben gli sta, se dopo questo tempo dovrà sottostare a qualche ulteriore obbligazione.

Articolo 570.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze, sia in materia civile, sia in materia commerciale, sono decise dal tribunale civile, o dal pretore, nella cui giurisdizione si fa l'esecuzione, osservate le norme della rispettiva competenza per valore, e le disposizioni speciali stabilite in appresso.

Questa disposizione si applica alle controversie sull'esecuzione dei provvedimenti che condannano al pagamento di pene pecuniarie, oppure tassano o liquidano spese di giustizia.

Si applica altresì alle controversie sull'esecuzione degli atti contrattuali spediti in forma esecutiva, salvo che la quistione cada sull'esistenza, sull'entità, o sull'interpretazione di un'obbligazione di competenza dei tribunali di commercio, i quali in questi casi ne conoscono, osservate le norme stabilite dalla legge per la loro competenza.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze dei conciliatori sono decise dal pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione.

Annotazioni.

1. *Del sistema del Codice.*

Un grave e assai notevole cangiamento si è portato dalla novella legislazione giudiziaria sulle precedenti. *Le controversie sull'esecuzione delle sentenze venivano considerate quali appendici e corollari delle giurisdizioni che le avevano pronunciate*, ad esse quindi si recavano; ma io non credo che siffatta relazione fosse bene intesa. I giudici che pronunciarono non possono più nulla pronunciare sullo stesso merito deciso: *functi sunt munere suo*. Le contestazioni sulla esecuzione, quand'anche versassero sul modo d'interpretare la sentenza, erano dunque fuori dalla giurisdizione già consumata. Ora si è colto il vero criterio di questa competenza. *Essa è territoriale*. Il giudice del luogo della esecuzione, ecco il giudice naturale. Non vedete quale assurdo nel diverso sistema? La sentenza di merito fu pronunciata in Napoli; la esecuzione si fa in Piemonte; per quale prepotente motivo di diritto si dovrà portare a Napoli una querela che sorge dalla esecuzione medesima? Come ogni competenza territoriale, essa è determinata dal vantaggio e dal comodo delle parti.

Ho toccato di sopra che, *se vi ha questione d'interpretazione*, non perciò la giurisdizione del merito deve intervenire quasi a interpretare se stessa. Checchè se ne dica in contrario (Loyseau, *Des offices*, lib. I, cap. VII; Dalloz, *Compét. comm.*, 385), io non conosco questa necessità, aggiungo quindi, questa facoltà. Per me interpretare la propria sentenza è tornare sul proprio pensiero e modificarlo, almeno quanto alla forma, dovendosi supporre se non altro l'ambiguità dell'espressione: è una nuova pronunzia *super eodem subjecto*. È ben facile l'aggiungere quando si lavora sulla propria idea, o si rimugina qualche raziocinio che non sembra correre a filo. La podestà d'interpretare nel modo più autentico la mente altrui, sia pur quella eccelsa del legislatore, è nell'ordinario e continuo ufficio dei magistrati.

2. *Della competenza per valore.*

Il *tribunale civile* e il *pretore*, residente nel territorio *ove si fa la esecuzione*, dovrà conoscere di tali controversie secondo la portata del *valore. Qual valore? Quello che rappresenta la importanza della esecuzione*, o *che risulta dalla sentenza?* Un credito giudicato di cinquemila lire può esser ridotto a mille nella esecuzione, o per pagamento avvenuto, o per volontà del creditore. Perchè rimontare alla importanza originaria del titolo? Non potranno sorgere controversie di esecuzione che superino quella della somma per cui si procede.

Del resto noi abbiamo nell'articolo 75 regole e norme imperative applicabili ai giudizi di esecuzione.

Tornando anche una volta sull'esame dell'articolo 75, troviamo il suo concetto dividersi in tre forme giurisdizionali, veramente distinte: 1° *valore del credito*, per cui si procede alla esecuzione; 2° *valore* non del credito, ma quello reale *delle cose che vogliono rivendicarsi*; 3° *valore parziale*, in quanto cioè corrisponde ai crediti singolarmente controversi in un giudizio di concorso. Colle quali

distinzioni e partizioni la legge ha voluto chiaramente addimostrare, che *la competenza si fissa sempre e costantemente sull'oggetto immediato della contestazione;* laonde una volta invocato, per esempio il magistrato di maggior giurisdizione, non attrae punto a sè le contestazioni di minore importanza, come suole avvenire nei casi ordinari. Il tribunale che fu invocato per decidere questioni contemplate nel num. 1 dell'articolo 75, esaurisce col giudizio il cómpito suo, e se un'altra questione sorga di poi che abbia rapporto coi num. 2 e 3, e presenti un valore *compreso nella competenza pretoriale*, non più il tribunale, ma il pretore dovrà adirsi (1). Tutto questo intende a comodità, a semplicità, a prontezza di giudizi.

A corollario, si può dire che il generale o collettivo *resolvitur in singularitates:* proposizione che si verifica specialmente quando trattasi di *entità reali* e di rivendicazione. Io sono in possesso di una sentenza che riconosce il mio diritto di proprietà su dieci fondi, e mi autorizza a rivendicarli. Io che posso colpirli tutti ad un tratto, mi contento di saggiarne un solo; ebbene se questo fondo, del quale io domando la rivendicazione, non vale più di lire mille e cinquecento, le contestazioni che nasceranno sulla esecuzione saranno portate al pretore, quantunque la mia sentenza sia titolo a rivendicazioni molto più ragguardevoli. Non è uno degli ultimi argomenti che si raccolgono nel corso della pratica per respinger la teoria di una competenza di relazione col giudizio di merito. Assolutamente la questione di esecuzione nulla influisce sulla intrinseca ragione del titolo, e non forma cosa giudicata verso le altre questioni che potessero di poi elevarsi sul rilascio degli altri immobili (2).

La competenza delle controversie delle quali parliamo può essere divisa da più magistrati, se l'unica esecuzione si estende in diversi territori, sopra mobili o immobili ivi esistenti. *Il valore che governa la competenza*, è sempre quello del credito per cui si procede. Ma se una controversia del genere di quelle contemplate nel numero 1 dell'articolo 75 si presenti, ognuno, per esempio, dei pretori che ha sede nei vari distretti è competente. Se due di codesti pretori fossero invocati, avrebbe luogo il diritto di prevenzione (articolo 104).

3. *Della esecuzione delle sentenze dei tribunali di commercio.*

Sotto qualunque aspetto, o di *competenza consequenziale* (3), ovvero territoriale e sostanziale, com'è la presente, il tribunale di commercio soffre la esclusione (Codice di procedura civile francese, articolo 552; ex-napolitano, articolo 643; sardo del 1854, articolo 672; sardo del 1859, articolo 695). Senz'andar molto in là a vedere se la causa della esclusione si ripeta dall'origine della istituzione dei tribunali consolari, o dalla prerogativa superiore dei tribunali civili che soli avevano quello che chiamavasi *imperium* costituito sul territorio, la ragione è manifesta nelle speciali funzioni attribuite al tribunale di commercio, non estendibili a contestazioni di questa natura. Per la stessa ragione viene rimossa la competenza del *conciliatore*, e va a concentrarsi in quella del pretore.

a) Il tribunale di commercio può conoscere delle questioni che si elevano sulla validità ed efficacia del precetto, trattandosi di esecuzione mobiliare?

Motivo di dubitare, che per l'articolo 569 la esecuzione mobiliare *non è cominciata che col pignoramento;* dunque non è controversia di esecuzione; dunque il tribunale di commercio non è competente.

Mi giova rispondere colle parole di un gravissimo giureconsulto che si è occupato di questo dubbio, illustrando una legislazione non punto diversa (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. i, num. 272): « Questo, a nostro « credere, sarebbe un grave errore. Per determinare la competenza del giudice in fatto « di esecuzione, bisogna aver riguardo non « tanto al disposto dell'articolo 672 (cui è del « tutto conforme il nostro 569), *quanto alla « natura intrinseca delle questioni che solleva « la opposizione al comando.* Questa opposi« zione ordinariamente solleva controversie « che ricadono su tutta la esecuzione; perocchè, sebbene il comando non sia atto effet« tivo di esecuzione, pur nondimeno la pre« cede, la determina e la contiene tutta come « in germe. Quindi deriva, che sebbene la que« stione che sorge dall'opporsi al comando non « si elevi dopo che la esecuzione sia realmente « cominciata, pur nondimeno la pregiudica in « tutto il suo corso; ed è quindi di sua natura

(1) Il procedimento esecutivo è frequente di attribuzioni particolari secondo le varie evoluzioni che subisce; perciò queste massime devono essere intese sotto la riserva del primo periodo dell'articolo 570.

(2) Ricordo che quando trattasi del *rilascio di beni immobili* e non di *esecuzione, propriamente detta, di beni immobili*, la competenza è misurata dal valore (art. 563, 744).

(3) Che si deduceva dal pronunciato di merito.

« una contestazione di esecuzione. Così ancora « la opposizione ad un atto di comando per « una nullità incorsavi, sebbene prodotta pri- « ma che la esecuzione sia cominciata, riget- « tata o ammessa che sia, va anch'essa a ri- « cadere su tutta la esecuzione da farsi, pe- « rocchè si riesce implicitamente a decidere « se il comando è stato ben fatto, e se si può « proceder oltre al pignoramento e alla spro- « priazione ».

Io convengo in codeste osservazioni, ma è più semplice il dire che trattasi veramente di *una controversia di esecuzione*. Che a certi effetti, a quelli determinati dall'articolo 569, la esecuzione mobiliare non s'intenda cominciata coll'invio del precetto, sia: ma che il precetto, eziandio quale atto preliminare, iniziale o preparatorio, non appartenga all'ordine degli atti esecutivi, niuno potrebbe negarlo. Oltre le ottime ragioni dette dal signor Scialoia che dimostra la influenza che la relativa decisione può esercitare su tutta la esecuzione, certissima cosa è che il tribunale di commercio non potrebbe mai ritirare una tale contestazione nell'orbita della propria competenza, e conformarla ai suoi propri e speciali attributi.

b) Quid *se si tratta di un sequestro giudiziario o conservatorio?*

Le domanda di *sequestro*, per usare il linguaggio della legge, *può essere connessa ad una causa pendente* (articolo 927), e in tal caso è ufficio del pretore o del presidente del tribunale, o della corte il concederlo. E ciò per due principii comuni ad ogni giudizio, e che serbano tutta la loro forza eziandio nel commerciali: 1° che l'autorità investita della causa principale, lo è pure de' suoi incidenti; 2° che la concessione del sequestro ha ragione nel merito stesso della controversia, e sta in un rapporto di convenienza e di opportunità coi diritti dei litiganti. Noi non abbiamo propriamente il *sequestro esecutivo*, ma soltanto l'*assicurat'ro* (articoli 1870, 1875 del Codice civile, 921, 924 del Codice di procedura civile).

c) Quid *del e cauzioni ed offerte reali?*

Bisogna distinguere. Se sono proposte *pendente il giudizio commerciale*, all'oggetto di assicurare od estinguere una obbligazione commerciale; più ancora se sianò proposte *in via principale* al medesimo oggetto, la competenza del giudice di commercio non può essere contraddetta. Non così se la *cauzione* o l'*offerta* sono mezzi di esecuzione di una sentenza commerciale definitiva, o sono diretti alla liberazione del debito giudicato.

d) Della esecuzione di sentenza provvisionale.

Il pagamento di una somma, la prestazione di un fatto qualunque, con cauzione o senza, potrebb'essere ordinato dallo stesso tribunale di commercio *in via provvisionale*, e sulla esecuzione di tale sentenza elevarsi contesa, mentre la questione principale è ancora pendente. Secondo il postulato, che la esecuzione mercè la quale il comando della sentenza si realizza, è fuori della stessa sentenza, e rappresenta una serie di operazioni che non ha verun rapporto con essa, secondo quel postulato, io diceva, il tribunale di commercio manca di facoltà per conoscere delle controversie che cadono sulla esecuzione della propria sentenza provvisionale, benchè non abbia ancora deposta la sua giurisdizione colla sentenza definitiva.

Di fatti che rapporto vi sarebbe egli fra la regolarità di forma di un precetto o pignoramento praticato in forza di una sentenza del tribunale di commercio in istato eseguibile, e la questione di diritto che si agita avanti lo stesso tribunale di commercio?

Per altro dal medesimo concetto sorge la limitazione, ed è, qualora la questione sia tale che implichi col merito pendente; e allora viene a cessare quella base sulla quale il chiarissimo Scialoia fondava il suo ragionamento, cioè che la *questione appartiene e ricade tutta sulla esecuzione.*

Il tribunale di commercio ordinò in via provvisoria, *lite pendente*, la consegna di certe merci esistenti in un magazzino; e portata la sentenza ad effetto, poniamo senza precetto, per la disposizione dell'articolo 565, nacque contesa sulla esecuzione o per il modo o per il tempo, o per la quantità e qualità delle merci che si dovevano consegnare. Dove mai dovrebbe recarsi la controversia se non allo stesso tribunale di commercio? Tale questione ha tutto il carattere d'incidente, e come tale permane in dominio dell'autorità investita del merito. Voi vedete che questo fatto rientra nella sua giurisdizione, non in quanto sia esecutivo, *ma in quanto la sua materia è commerciale*

4. Il quale riflesso gravissimo ci conduce ad estendere, e in certo modo a generalizzare la teoria, svolgendo ulteriormente il sistema dell'articolo 570 sotto il rapporto delle *sentenze provvisionali*, o di quelle appellabili che ordinano la *esecuzione provvisoria.*

La regola è, che *il giudice della esecuzione è l'autorità giudiziaria sedente nel luogo ove si effettua*, salva la competenza di valore. Per la esecuzione delle sentenze definitive, la regola è inconcussa. Opera ugualmente per la

esecuzione delle sentenze ora accennate; *eccettochè la questione non si rifonda sul merito, e in certo modo ne partecipi.* È stato ordinato un temperamento provvisorio che l'uso e godimento d'acque, comune a molti, sia distribuito in un dato modo, e nasce disputa sulla esecuzione? È dimostrato dal solo annunziarla, che dovrà ricorrersi al giudice che pronunciò la risoluzione provvisoria, investito ancora del giudizio di merito. Fingiamo invece che quel modo di godimento e di distribuzione sia stato decretato dal *giudice di prima istanza*, con diritto di esecuzione provvisoria. Se si appella, il conoscerne non può che appartenere al giudice d'appello. Questa grande limitazione deve essere scritta al fianco del primo periodo dell'articolo 570.

Non bisogna però lasciare senza una parola il secondo periodo ove *si parla della esecuzione di provvedimenti*; ma s'intende subito che i così detti provvedimenti non sono che decreti od ordinanze definitive di un presidente, per esempio, o di un giudice delegato. Con questo periodo non si fa che indicare una delle applicazioni del precedente, che potrebbe sembrar dubbia, e non contrasta punto alle allegate dottrine, che ci sembrano certissime.

5. *Della esecuzione degli atti contrattuali* (capoverso 2°).

La sentenza è il prodotto di un esame approfondito del diritto delle parti, il qual esame, fatto una volta e autorevolmente concluso, non deve più rinnovarsi. L'atto contrattuale è quasi la sentenza delle parti interessate, e perciò ottiene eguale effetto: *pactum lex est inter contrahentes;* ma il patto non decide le questioni ch'egli stesso produce. Qui adunque la legge fa una distinzione bellissima e nuova, fra quelle contestazioni che riguardano il rito e la forma della esecuzione e *quelle che cadono sulla esistenza*, *entità* o *interpretazione della obbligazione.* Pertanto la opposizione che va a sollevarsi contro il precetto, può d'un tratto imporre silenzio al titolo esecutivo e arrestare la sua azione disastrosa colla istituzione di un giudizio formale di diritto. Alcuno osserverà che non è poi una grande prerogativa quella che si accorda agli atti pubblici di essere eseguibili al pari delle sentenze, quando si deve cominciare e condurre avanti una lite in tutte le regole. Si può convenire; ma infine bisogna frenare l'arbitrio della parte che si vanta creditrice, nè le può essere permesso di percuotere a mano chiusa e senz'alcuna difesa il preteso debitore, che può avere contro il supposto obbligo le eccezioni più perentorie.

La limitazione è scritta apposta per il *tribunale di commercio.* La legge aveva escluso, generalmente parlando, la cognizione del tribunale di commercio nelle controversie sulla esecuzione; era d'uopo, per così dire, riabilitarlo nominatamente e rivestirlo di giurisdizione. Io ne traggo, per ragione di principio, amplissima conferma alle teorie allegate nel numero precedente. In fine la questione di cui si tratta non è punto esecutiva: è la questione di diritto che rampolla e rinasce sulla opposizione. Che diremo dei tribunali ordinari? Quantunque, come si diceva, non sia propriamente controversia esecutiva, la competenza rimane ai giudici del luogo della esecuzione, che sono i più prossimi e direi presenti, e che, rispetto alla materia, hanno giurisdizione abituale.

Ferma la competenza territoriale, qui potrebbe sorgere questione di competenza *per causa di valore.* Sta bene che la somma del credito per il quale si fa l'esecuzione porga la misura ordinaria della competenza. Ma quando l'opposizione metta in problema il titolo stesso, negando, per esempio, la esistenza della obbligazione, non sarà forse la competenza determinata dalla importanza del titolo, anzichè dal credito che potrebbe comprenderne una parte minima? Trattasi di una vendita d'ingente valore; la esecuzione non cade che sopra una rata d'interessi di poche centinaia di lire, ma non si può decidere senza estendere il giudizio su tutto il contratto. La obbiezione per altro è delle più comuni in fatto di competenza per ragione di valore, ed ha la sua decisiva risposta nella regola sancita dall'articolo 72 = *Il valore della causa si determina dalla domanda.*

6. L'articolo 570 è destinato a sparger luce anche sulle dispute che sorgono frequenti sulla natura di un giudizio di opposizione, a precetto, del che parliamo più avanti, al quale si vorrebbe dare le proporzioni di un giudizio ordinario. Ma non si finirebbe più se le sentenze non bastassero a decider le liti, e se la controversia dovesse quasi riassumersi sul confine della esecuzione. È ben d'uopo che siffatte controversie esecutive siano contenute in giusti limiti. Noi abbiamo detto con poche parole ma chiaramente perchè sull'atto contrattuale, comechè avente carattere di titolo esecutivo, può elevarsi una questione di fondo che dev'essere giudicata *ex novo* con tutte le forme consuete ai giudizi.

7. La cassazione di Torino (sentenza 18 novembre 1870, *Annali di giurisprudenza*, 1871, part. I, pag. 121) decise che l'articolo 570 che trasporta la cognizione di una controversia

sulla esecuzione al giudice civile, benchè la sentenza sia di tribunale di commercio, si applica alle sentenze definitive, a quelle cioè *cui nulla manchi per potersi effettivamente eseguire.* Non esser quindi applicabile ad una sentenza del tribunale di commercio che avendo dichiarato il diritto ad una indennità in genere, non aveva ancora liquidato il danno: funzione che allo stesso tribunale appartiene.

Articolo 571.

Le controversie sull'esecuzione delle sentenze della corte di cassazione, per le spese non tassate, per le indennità non liquidate, e le domande per danni maggiori da liquidarsi in seguito di rigetto del ricorso o rinunzia al medesimo, sono portate davanti l'autorità giudiziaria, che pronunziò la sentenza della quale si chiedeva la cassazione.

Le controversie riguardanti la restituzione di quanto si fosse conseguito in dipendenza della sentenza cassata appartengono alla cognizione dell'autorità giudiziaria, a cui sarà dalla corte di cassazione rinviata la causa.

Non essendosi ordinato il rinvio, la cognizione appartiene all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata.

Annotazioni.

1. Qui sono espressi i tre modi di condanne pecuniarie che sono usati dalla corte di cassazione. D'ordinario e per regola le spese sono tassate. La nuova legge ha temperato il rigore antico, e non obbliga più il soccombente *a pagare alla parte contraria una somma eguale a quella del perduto deposito a titolo d indennità legale* (articolo 628 del precedente Codice). Ciò non escludeva la riserva delle *maggiori indennità che fossero dovute.* Era troppo. Il deposito è un ostacolo preventivo frapposto alla temerità dei ricorrenti onde riflettano alle conseguenze a cui vanno incontro. Non bastava però: la legge voleva anche punirli della sconfitta che avevano sofferta.

2. *Le indennità non sono mai liquidate* dalla corte di cassazione. Indagini di fatto di cui essa non deve occuparsi. Ma quali sono i danni che il vincitore ha diritto di reclamare? È facile rispondere, i danni immediati e diretti. Tali saranno quei maggiori dispendi che l'intimato ha dovuto sostenere per necessità di difesa. Ma l'atto stesso del ricorso, in quanto fu rigettato, potrà allegarsi quale causa di un danno, come si direbbe di un fatto illecito? Mi spiego con una ipotesi. L'intimato crede di poter provare che in vista del ricorso e delle gravi conseguenze che gli potevano derivare dall'esecuzione della sentenza, ha dovuto sospenderla; e con ciò ha patito danno. Oppure che il giudizio di cassazione ispirando timore a quegli offerenti che avrebbero volentieri acquistato il fondo controverso, egli ha perduto le buone occasioni. Questi o simili lamenti non devono attendersi. *Essendo il ricorso in cassazione un mezzo permesso dalla legge,* quantunque abbia avuto esito sinistro, non può scambiarsi con un'ingiuria e con un fatto illecito onde porlo come causa efficiente di un danno risarcibile; in altre parole, di un danno che non sia conseguente e prodotto immediatamente dallo stesso giudizio.

3. Lungamente fu discorso agli articoli 543 e 546 sulla competenza razionale della corte o tribunale a cui dopo la cassazione è rinviata la causa per conoscere delle restituzioni che devono aver luogo in seguito di quella. Il capoverso del presente articolo ce ne porge la piena conferma. Ma vi è caso *in cui non si pronunzia il rinvio,* ed è quello del n. 1 dell'articolo 544 (V. le *Annotazioni* a quell'articolo). Fingiamo la sentenza annullata per incompetenza abituale dell'ordine giudiziario; perchè trattavasi, per esempio, di uno straniero che non poteva essere giudicato dai tribunali dello Stato. Noi intendiamo perfettamente la volontà della legge, *di commettere il giudizio delle restituzioni all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata;* intendiamo ancora che quantunque l'autorità giudiziaria non avesse giurisdizione sullo straniero, quale convenuto, in giudizio a lui passivo, si rivesta di giurisdizione ogni volta che lo straniero si fa attore e reclama dei diritti. Ma ditemi come avvenga che il giudice di cui fu cassata la sentenza per ragione d'incompetenza, che non ebbe potere giuridico per conoscere della causa, possa conoscere degli effetti? Donde il nesso logico e la radice di questa improvvisata competenza? Non sarebbe

meglio osservare anche in queste specie le norme generali della competenza: far giudice cioè di tali questioni quello del domicilio del convenuto? Si risponderà che ciò avrà luogo soltanto quando la sentenza fu cassata perchè un'autorità competente si era dichiarata incompetente; e dopo ciò essa è investita anche del potere di giudicare delle restituzioni.

Articolo 572.

Quando nell'atto di esecuzione sorgano difficoltà che non ammettano dilazione, il pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione, ancorchè la causa non sia di sua competenza, dà i provvedimenti temporanei occorrenti, e rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Questi provvedimenti possono anche darsi dal conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione, se ivi non risieda il pretore.

Annotazioni.

Vi sono *difficoltà materiali* che l'usciere ha potere di rimuovere in forza del proprio ufficio che gli attribuisce quella porzione d'autorità di cui ha bisogno per compierlo (art. 596). Se trattasi invece di una casa abitata dal debitore che rifiuta di aprirla, non vorrei pronunciare che l'usciere commetta un'irregolarità di cui si renda responsabile atterrando la porta senz'averne il permesso del giudice, ma sarà prudentissimo il chiederlo. Più rigorosi e più diffidenti i francesi, misurano i passi all'usciere; non gli permettono di atterrare l'uscio d'una stalla senza la presenza, per lo meno di un commissario o di un agente di polizia (articolo 587 del Codice di procedura civile francese). Ma ove la casa sia abitata, e lo stesso abitatore della casa rifiuti di aprire la porta, secondo i francesi *è questione di violato domicilio* (Colmet-Daage, 6ª edizione, tom. II, n. 847).

Il permesso però che si può o si dovrebbe chiedere in siffatta contingenza al giudice, non è propriamente il tema del nostro articolo 572. Egli è invece quando il giudice stesso interloquisce come tale, e *quale riparatore istantaneo di un disordine, il cui riparo non ammette dilazione*. La legge ne ha fatto qui una regola generale per tutti i casi di questa natura, e ha fatto bene: di simili casi si vengono anche tassativamente indicando nel corso del processo esecutivo. Questo potere del giudice locale che si esercita senza forma di giudizio, *stans pede in uno*, che non si compenetra nella funzione dell'usciere, che sfugge per un momento alla competenza ordinaria, è e deve dirsi straordinario e d'indole la più delicata e la più facile ad infrangersi, e di cui si vuol far uso con estrema prudenza (1).

Articolo 573.

Nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario.

Articolo 574.

Le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizi di esecuzione non sono soggette ad opposizione, e non è ad essi applicabile la disposizione del capoverso dell'articolo 382.

Annotazioni.

La disposizione, come generale che è, domina tutto il procedimento esecutivo.

Quante controversie s'innestano sul giudizio esecutivo! Vi sono quelle che si fanno coll'organo della opposizione, e non rare volte inchiudono anche questioni di sostanza. Talvolta vengono in causa dei terzi che si ritengono lesi dalla esecuzione; e fanno contrasto

(1) È sentito dalla pubblica coscienza il bisogno di migliorare la condizione economica di quel magistrato importantissimo che è il *pretore*, a cui sì svariate e difficili incombenze sono affidate. Approfitto di questa occasione, un pochino indiretta, per unire il mio voto al voto comune.

sopra diritti che esorbitano dai rapporti di creditore e debitore, e riguardano la loro proprietà. L'articolo 574 ci vieta di distinguere. Come il giudizio ha assunto carattere di esecutivo, con uno di quegli atti che preparano o cominciano la esecuzione (i precetti di esecuzione mobiliare sono della prima specie, quelli della esecuzione immobiliare appartengono alla seconda) ogni fase dello stesso giudizio si svolge *col procedimento sommario*, più celere, più consono alla sua natura. Le questioni che sorgono *per causa* o *per occasione* di esso *incidunt*, e la legge non esita a chiamarle *domande incidentali* (articolo 701) sebbene vertano sulla maggiore importanza delle esecuzioni immobiliari. Soltanto in quei giudizi che si eccitano in relazione al terzo periodo dell'articolo 570, può anche aver luogo il formale. E non è in realtà una eccezione portata alla generale disposizione dell'articolo 573. Egli è piuttosto che non trattasi allora di esecuzione, la quale svanisce a fronte di una contestazione ancora vergine che dev'essere trattata come ogni altra, col soccorso di quelle maggiori guarentigie che la legge giudica opportune nelle controversie più gravi.

Articolo 575.

Quando il creditore che sostiene la procedura della esecuzione trascuri di continuarla, i creditori che presero parte all'esecuzione mobiliare, e i creditori iscritti, nel caso di esecuzione immobiliare, possono chiedere, anche all'udienza, di essergli surrogati.

Vi è negligenza quando il creditore non adempie una formalità o un atto di procedura nei termini stabiliti.

Il creditore istante deve rimettere al creditore surrogato i titoli e gli atti del procedimento, sotto le pene stabilite nell'articolo 170.

Annotazioni.

1. È forse la prima volta che *in fatto di esecuzione mobiliare* la procedura si occupa del *diritto di prosecuzione*. Questo diritto si appoggia sul principio della *comunione del pegno*. Il pegno mobiliare è comune quando vi sono più associati alla esecuzione o per lo stesso o per distinti atti. In materia di esecuzione d'immobili, collo stesso principio, variano gli elementi di diritto, come veniamo a dire.

In due modi si associa alla esecuzione mobiliare. Col medesimo atto quando più creditori procedono contestualmente al pignoramento: con atti separati nell'evenienza considerata dall'articolo 598. Trattandosi di *esecuzione immobiliare*, se ne togli il caso di più creditori procedenti in virtù del medesimo titolo, l'associazione del secondo genere non si concede; la legge tira una linea ben marcata fra l'una e l'altra esecuzione; anzi per la immobiliare non vi è propriamente atto di oppignorazione, come vedremo (articolo 661).

2. **Precedenti storici.** — Gli articoli 721 e 722 del Codice di procedura francese avvisarono a questo diritto, ma in termini abbastanza vaghi per eccitare opinioni diverse, nessuna delle quali era irragionevole. Il Boltard ce ne dà conto con una larghezza non famigliare al suo metodo (*Leçons de procédure civile*, n. 987).

Le *prima opinione* dice, che il *diritto di surrogazione* (che tale può chiamarsi) non è dato che ad altro creditore che ha fatto esecuzione sugli stessi beni. La *seconda* che, concorrendo collusione, frode o negligenza (soggetto dell'articolo 722), ogni creditore è in diritto di continuar gli atti, sebbene non abbia praticata un'altra esecuzione. La *terza opinione* sostiene, che ogni creditore senza distinzione e senza preamboli di fatti esecutivi per parte sua, purchè vi abbia interesse, ha diritto di procedere in luogo e vece dell'eseguente che trascura o abbandona la procedura, forse per arte se si accordi col debitore, o non sia che un prestanome di lui. Senza ciò, quale ingiustizia, quale assurdo! Per altro, quantunque da questa introduzione si potesse arguire al diritto di tutti i creditori, si finiva col sostenere più specialmente il diritto dei *creditori iscritti*, collegati nel loro interesse alla sorte dell'espropriazione. La *quarta opinione*, che è quella dell'illustre espositore, estende la surrogazione a tutti i creditori, non esclusi i semplici chirografari, e adduce fra le altre queste ragioni: « Refuser ce droit « aux créanciers chirographaires, ce c'est pas

« onvrir la porte à la fraude que jo signalais « en exposant la troisième opinion? Nc c'est « pas donner au débiteur le moyen de rendre « illusoires les droits des créanciers chirographaircs, en faisant faire par un prête-nom « une saisie immobilière qui ne serait pas sérieuse, et qne le saisissant abbandonnerait « plus tard? ».

3. Poichè il nostro testo, cho del rimanente non è nuovo nei codici italiani, *restringe il diritto di surrogazione ai creditori iscritti*, sarebbe vann il venir disputando sulle dottrine. Nondimeno noi che facciamo opera, per quanto ci è dato, di portar lo sguardo della mente un po' più in là delle parole, vediamo altresì la ragione della legge. Vera *comunanza del pegno immobiliare* non è fuori dei creditori aventi iscrizione ipotecaria su quelli. La contraria dottrina non è fondata a veruna maniera di criterio. Se il creditore chirografario, sia pnre creditore quanto vnole, non è fornito di *un titolo esecutivo*, come potrà pretendere di mettersi in linea coi creditori più avanzati, che possessori di questo titolo lo hanno altresì eseguito, e coi creditori ipotecari che professano sulla sostanza un diritto reale anteriormente acquisito? La frode, la collusione! S'intende male come per frode e collusione un proprietario qualnnque si faccia oppignorare i propri beni. Ma sia pure la frode almeno nella sospensione o nel ritardo. Ma a chi si farebbe? Si respinge e si punisce la frode quando è diretta *a privare altrui di diritti che già ritengono*, o ad impedire che possano acquistarli, o sperderne i frutti che dovrebbero raccogliere. Qui brevo il dilemma: o i creditori chirografari sono in possesso di un titolo esecutivo, nessun danno perchè possono ad ogni momento apprendere gli stessi beni; o non hanno titolo esecutivo, non avendo nessun diritto reale sulla cosa, e neppure il mezzo di prontamente acquistarlo, di che possono dolersi?

4. *Sulla negligenza del creditore pignorante.* Noi dunque non parliamo di frode, ma di negligenza semplicemente. La nuova legge ha voluto determinarla.

Siamo d'accordo che l'operazione mediante la quale si effettua il pignoramento dev'essere compita anzichè altri si avvisi di continnar gli atti a pretesto di negligenza, se *una formalità* o *un atto di procedura non fu adempito nei termini stabiliti*. Se questo testo dovesse intendersi come suona, oltre la difficoltà della sua applicazione, non produrrebbe il minimo dei vantaggi che secondo il suo spirito dovrebbe. La procedura esecutiva, come sanno i pratici, è qnasi tutta seminata di termini sospensivi, onde gli atti che si succedono non possano farsi che a certi intervalli e prima di un dato tempo: intervalli che rappresentano quasi le pause della procedura e i respiri che si vengono concedendo agli oppignorati per riaversi, e liberarsi potendo. Il ritardo consiste generalmente, non *nel non adempire un atto* o *una formalità in un termine stabilito*, ma nel fermarsi sulla via, non proseguendo quegli atti che la legge traccia ma non impone al creditore. Un esempio. Articolo 662: « Il creditore, scaduto il termine di giorni « trenta, *può* promnovere la vendita di beni « immobili, ecc. ». Qui non vi è nessuna ingiunzione a carico del creditore, nessun atto non adempito in un termine obbligatorio. Eppure si ritarda, e tanto che non si va più innanzi. Non sarà il caso in cui il creditore che ne ha diritto, potrà farsi surrogare al creditore negligente a proseguire gli atti esecutivi? A me pare, e così parrà a tutti che debba essere. Il perchè ci conviene censurare questo testo nella forma per metterne in rilievo l'intenzione e lo scopo. Quanto meglio lasciare ai giudici lo apprezzare il caso della negligenza, non senza assegnare eziandio al creditore oppignorante un termine perentorio a continuare, colla comminatoria di decadenza!

5. È bene fare osservazione su quella clausola del testo, *i creditori possono*, ecc.; prova che non si ha *ipso jure* la facoltà di proseguire.

6. Quantunque l'articolo 170 attribuisca la podestà relativa al *presidente*, in questo caso potrà anche esercitarsi dal collegio.

Articolo 576.

Quando l'uffiziale che procede all'esecuzione sia ingiuriato o trovi resistenza, fa processo verbale e lo trasmette al ministero pubblico. Può anche richiedere l'assistenza della forza pubblica.

Annotazioni.

Nei precedenti codici si scriveva: *e gli autori saranno puniti come rei di oltraggio e di ribellione alla giustizia.* Fu ben veduto che una disposizione penale non doveva aver sede

in quest'articolo. L'usciere, sorpreso da vie di fatto e da ingiurie, *ne fa processo verbale* che sarà base di un procedimento penale. Non è in questo caso che si ricorre al magistrato civile, che non ha nulla a decidere; ma si può ricorrere alla questura locale, l'usciere può domandare l'*assistenza della forza pubblica*, sospendere o consumare la esecuzione. Ciò dipende dalle circostanze lasciate alla prudenza di lui.

TITOLO II.

DELL'ESECUZIONE SUI BENI MOBILI.

CAPO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI.

Articolo 577.

Nel precetto per l'esecuzione sui beni mobili deve farsi al debitore l'intimazione di pagare nei cinque giorni successivi l'importare del debito e l'avvertimento che non pagando nel detto termine si procederà al pignoramento.

Annotazioni.

1. Disposizioni che andavano sparse in altri codici furono raccolte in un capo introduttivo come generali e comuni alle tre forme di esecuzione mobiliare (1). Così le redazioni, sempre difficili, dei codici di procedura si vanno migliorando. Concetti ancora più generali furono espressi nel titolo I; ivi furono poste le basi e i requisiti del *precetto esecutivo*. Il presente non è che un'appendice dell'art. 563; unico scopo la irrogazione del termine, e la sua discretiva coll'articolo 659, che concerne l'esecuzione degli immobili.

2. *Che il creditore sia tenuto a specificare nel precetto il modo di esecuzione ch'egli intende prescegliere*, non lo troverai letteralmente scritto; e ora meno che mai potrebbe sostenersi una opinione simile. In massima è accettabile la solenne dottrina della corte di cassazione francese, che un *commandement* (precetto), che parve mirare o mirò in effetto a esecuzione immobiliare, può tener luogo di quello che deve precedere la esecuzione mobiliare, quand'anche fossero decorsi i tre mesi nei quali, giusta quella procedura, la esecuzione avrebbe dovuto avere effetto (cassazione francese, 27 marzo 1827, *Journ. Av.*, t. XXIII, p. 3). Molto più, aggiunge il Carré, di questo dobbiamo andar sicuri, se nel precetto non siasi preso, per così dire, preventivo impegno, limitandosi alla comminatoria generica della esecuzione reale. È cessata, come si notò in altro luogo, quella specie di graduatoria legale cui il creditore doveva sottostare apprendendo certi beni e certe sostanze prima di certe altre. Siamo giunti sino a questo estremo, *che tutti i mezzi d'esecuzione possono cumularsi* (articolo 567). Quando adunque (ecco quello che si va a concluderne) il precetto sia così largamente enunciato da comprendere *il maggior termine* e le formalità necessarie, il creditore si troverà in regola per battere tutti ad un tempo i suoi mezzi di esecuzione, e an-

(1) 1° Pignoramento di mobili presso il debitore; 2° Pignoramento di frutti pendenti dal suolo; 3° Di mobili e crediti presso terzi.

che passare dall'uno all'altro (1). È chiaro che dal precelto costrutto nella forma di quest'articolo non si potrà far transito alla esecuzione sugli immobili, neppure trascorsi i trenta giorni che per l'articolo 659, come vedremo, *deve inchiudere il termine espresso.*

Articolo 578.

Quando vi sia giusto timore di danno nel ritardo, il pretore può autorizzare il pignoramento anche immediatamente dopo la notificazione del precetto, o la notificazione della sentenza indicata nell'articolo 565.

L'autorizzazione è data in fine del titolo esecutivo, e ne è fatta menzione nel processo verbale del pignoramento; essa non è soggetta a reclamo.

L'autorizzazione può darsi dal conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione, se ivi non risieda il pretore.

Annotazioni.

1. « Quando vi sia giusto timore di trafugamento », si diceva nell'art. 701 della procedura piemontese. La dizione è stata corretta, e ciò è molto notevole. *Quando vi sia giusto timore di danno nel ritardo*, è di una latitudine che (non essendo prescritto *un dato e specifico motivo*) lascia luogo alle più prudenti determinazioni. Il giudice locale è più che mai informato dello stato delle famiglie, della condizione e carattere delle persone fra cui vive. In vero il *pericolo di trafugamento* si potrà sempre temere dai poco abbienti, ridotti a quelle masserizie oppignorate che si crederanno anche in diritto di non dar del tutto in preda al creditore inesorabile. Il *trafugamento* è prodotto da fatto doloso; il danno può derivare dalla situazione o condizione degli oggetti pignorabili e da tante altre cause: sta bene adunque, e deve commendarsi la mutazione. Grande è quest'autorità del giudice locale. Non occorre il dire che la domanda gli vien pòrta in via stragiudiziale, accompagnata da prove; talvolta potrà bastargli la notorietà; nessuna prova speciale è prescritta, nessuna regola. *In fine del titolo esecutivo* è scritta l'autorizzazione, poi è menzionata nel processo verbale dell'usciere. *A pena di nullità*, aggiungasi, senzachè l'usciere mancherebbe di potere legittimo.

2. Pertanto, appena notificata la sentenza, *è immediatamente eseguibile*, se così pare al giudice locale: *immediatamente*, senza verun intervallo, nello stesso giorno, nella stessa ora. Uno dei caratteri del Codice è di ammannire per ogni parte i mezzi ad assicurare il creditore in pericolo e se gliene deve tener conto. Ciò che preme, e deve rimanere assolutamente inviolabile e fuori di ogni arbitrio di giudice, egli è — che mai non si porti ad esecuzione sentenza non formalmente dichiarata eseguibile. Provvede e rassicura *la copia esecutiva del titolo* indispensabile sempre, e che fa fede del trascorrimento dei termini che il debitore aveva diritto di godere.

Articolo 579.

L'opposizione al precetto deve proporsi con citazione a comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a norma dell'articolo 570.

Annotazioni.

1. La *opposizione al precetto* è annunciata con tale semplicità da quest'articolo, che non lascia travedere ciò che vi ha in esso di poco noto o di oscuro. Che possa farsi *propriamente una opposizione al precetto* o *atto di comando*, specialmente in fatto di esecuzione di mobili o crediti, non fu mai detto con precisione dalle procedure precedenti, cominciando dalla francese; soltanto qua e là si avvisava ad opposizioni o contestazioni che potevano sorgere

(1) Dato, per es., lo spazio di trenta giorni con dichiarazione che — scorso quel termine, si procederà all'esecuzione sì *degl'immobili che dei mobili* e di ogni altra sostanza del debitore, secondo che il creditore stimerà del proprio interesse.

lungo il corso del procedimento, per le quali anche si stabilivano norme di trattazione. Malgrado la imperfezione di questa parte del sistema, la giurisprudenza si era levata unanime a riconoscere il diritto della opposizione al precetto; la pratica è stata sempre costante fra noi. Ora vediamo questa formola dell'articolo 579 stabilire proprio *un diritto di opposizione al precetto*, non occupandosi però che dell'autorità giudiziaria alla quale dev'essere sottoposta. È troppo evidente che si doveva rientrare nel disposto dell'articolo 570, che ha tutta l'attitudine per comprendere anche questo. L'entità del credito enunciato nel precetto fornisce il termine di valore.

2. *Materia della opposizione.*

È da osservare primieramente ch'essa può essere di diritto sostanziale, una vera opposizione di merito.

L'articolo 570, sul quale dobbiamo tornare anche una volta, ci mostra quando avvenga e si verifichi tale questione che involve tutta quanta l'importanza del diritto in contesa, ed è quando *si è mandato ad esecuzione un atto contrattuale.* Secondo una osservazione che si fece trascorrendo l'art. 570, questa maniera di esecuzione ha non rare volte una base molto vacillante, molto incerta, eziandiochè sia quella di un atto pubblico. Le questioni che si suscitano, possono bene trovarsi fuori dell'atto, o contro l'atto, e meritar esame malgrado le grandi guarentigie degli articoli 1317, 1341, ecc., del Codice civile. La legge lo ha saggiamente preveduto nel citato articolo 570, favellando di cose commerciali. Non fondandosi la esecuzione in una vera e propria sentenza, in cui le ragioni delle parti furono ventilate e discusse, quante volte si sentirà il reale bisogno d'instaurarne una fiera lite, sulla intelligenza, sulla interpretazione e sui caratteri giuridici della convenzione!

Così il *merito stesso*, l'importanza sostanziale della contesa, *può diventar materia della opposizione.*

Ma dalla esecuzione effettuata *in virtù di atto contrattuale* passiamo a quella che si effettua *in virtù di sentenza*, costituisca o no cosa giudicata (1).

Che possa essere materia di opposizione lunghesso il procedimento esecutivo quella che fu agitata e decisa dalla sentenza medesima, non potrà mai credersi. Ma qual è dunque, lo domando anche una volta, il subbietto ordinario, comune, naturale, se mi si permette, dell'opposizione preconcetta dall'articolo 579?

La opposizione è *di forma* quando pretende la violazione dell'ordine che era debito osservare: può attaccare il titolo fondamentale dell'esecuzione; la regolarità del precetto, le modalità che esprime, per distruggere il processo esecutivo nei suoi primordi, o costringer l'avversario a rinnovare alcuni degli atti prescritti. La opposizione di *merito* o di fondo, per le ragioni già dette, dev'essere frenata in certi limiti. Vediamoli.

Sono nel corso della procedura esecutiva prodotte opposizioni *che non sono opposizioni al precetto?* Vengono indicate nel loro proprio oggetto nel Capo VII di questo e nel Capo I, sezione 1, § 4 del Titolo seguente. Non possono confondersi; che anzi, prego farne memoria, le opposizioni di questa seconda maniera che sorgono a processo molto più inoltrato, le opposizioni dei creditori, lungi dal portarvi ostacolo, non fanno che confermare la procedura.

3. *Della eccezione di pagamento.*

Colla opposizione al precetto non si può rimettere in questione il giudicato; ciò è ben semplice. Senonchè, oltre le eccezioni di forma, si possono opporre le *eccezioni di pagamento;* dibattere gli acconti; e se si ha un credito liquido, pronto, indubbio, capace a compensare quello per cui si procede, la eccezione di compensazione potrà essere accolta. Così il giudice dell'esecuzione (art. 570) sarebbe competente a conoscere di eccezioni sussistendo le quali verrebbe a troncarsi di tratto l'esecuzione, niente meno che col soddisfacimento del debito che è il suo scopo. « La compen« sazione si fa di diritto in virtù della legge » (art. 1286 del Codice civile).

4. *Della eccezione di prescrizione.*

La prescrizione essendo un mezzo per liberarsi da una obbligazione (articolo 2103 del Codice civile), non è forse una delle eccezioni che possano presentarsi contro il precetto di pagamento, contro la minaccia di una esecuzione?

Noto come argomento favorevole all'affermativa, che se non si trattasse di un giudicato, sempre irreformabile dal giudice della esecuzione; se si trattasse invece *di un atto contrattuale*, per l'articolo 570 (capoverso 2°) la disputa della prescrizione potrebbe senza dubbio sollevarsi, poichè andrebbe a ferire la efficacia e la potenza del titolo esecutivo. Ma

(1) Eseguibile provvisoriamente.

quando si agisce in forza di sentenza, l'ostacolo è appunto nel giudicato.

La prescrizione *è eccezione perentoria:* « Ideoque non est necesse eam opponi *statim* « *initio*, quia satis est ut quandocumque con- « testetur... Quum tamen peremptoriæ exce- « ptiones quandocumque ANTE SENTENTIAM op- « poni potuissent... Denique præscriptio longi « temporis *quandocumque ante sententiam* op- « poni potest » (Cujaccio, ad tit. de exc. seu præscript. longi temp.). La eccezione della prescrizione *può opporsi in ogni stato della causa*, ecco ciò che si desume limpidamente dal testo romano. Questo dettato dell'antica sapienza fu raccolto dall'articolo 2224 del Codice Napoleone. Il nostro non è meno favorevole nel suo articolo 2110: « *La pre-* « *scrizione si può opporre anche in appello*, « se chi aveva diritto di opporla non vi ha « rinunziato ».

Ma che da tutto questo? Che la eccezione in appello, avvegnachè opposta con istanza, *non è domanda nuova:* conserva sempre il suo carattere d'eccezione perentoria. Ma non ne segue però che, *a sentenza pronunciata, in mero giudizio esecutivo*, sia proponibile. A codesta eccezione si rinuncia o *espressamente* o *tacitamente* (articolo 2111 del Codice civile). Ebbene chi non la propose finchè il giudizio di fondo rimase in vita, deve ritenersi avervi tacitamente rinunziato. Eccezione che non potrebbe invero risorgere avanti il giudice della esecuzione senza risuscitare la questione decisa.

Queste cose noi rechiamo innanzi per quanto riguarda *una opposizione a precetto esecutivo formata dal debitore.* In ordine ai terzi conviene un altro discorso. Anco i terzi hanno interesse talvolta di combattere con tutti i mezzi un credito che si contrappone al conseguimento del loro. E primieramente è ad essi accordata la *opposizione di terzo* (articolo 2112 del Codice civile; Troplong, *Della prescrizione*, n. 102); hanno poi campo per dedurre le eccezioni rispettive nel giudizio di graduatoria.

5. **Questione** *se il terzo possa fare opposizione all'atto di comando o precetto.*

A mio avviso il terzo non può fare opposizione al precetto, *se non abbia interesse diretto e attuale* nella esecuzione. La legge negli articoli 510 e seguenti ha con accuratezza tracciata la via che può percorrere, divisata l'autorità giudiziaria alla quale deve rivolgersi. Se il terzo non è che un creditore chirografario, si fecero sul conto suo osservazioni all'articolo 575, che possono valere anche qui. Se ipotecario, senza bisogno di *opposizione di terzo*, la legge soccorre in più modi alla incolumità de' suoi diritti del resto solidamente fondati nella sua ipoteca. Ma il terzo potrebbe togliere un proprio interesse dalla posizione che gli è fatta dal Capo V di questo Titolo, e dall'articolo 706, e talvolta si è anche creduto opportuno di sospendere la esecuzione, rimettendo la causa al magistrato competente (corte di Casale, 28 marzo 1859, Bettini, tom. II, pag. 321).

Articolo 580.

L'opposizione non sospende l'esecuzione o la continuazione del pignoramento, salvo il caso indicato nell'articolo 477.

L'esecuzione è sospesa, se il debitore consegni all'uffiziale che fa il pignoramento, a titolo di deposito, la somma intiera per cui si procede e l'importare delle spese.

Annotazioni.

1. *Primo caso di sospensione.*

Limite al proseguimento della esecuzione è il caso dell'articolo 477. Quest'articolo parla *di un'altra specie di opposizione*, di quella che si eleva contro una sentenza proferita in contumacia.

La sentenza contumaciale può essere mandata ad esecuzione di diritto, *scaduto il termine a fare opposizione, che è quello dell'articolo* 476, quantunque tale sentenza non sia provvisoriamente eseguibile. Nondimeno al contumace è concesso rappresentarsi ancora *sino al primo atto di esecuzione, se la sentenza non gli è stata notificata in persona propria* (articolo 477, princ.). Ora noi sappiamo che il primo atto di esecuzione mobiliare è il *pignoramento*, dell'immobiliare il *precetto*. Il contumace adunque, scosso dal rumore di quella, comparisce e protesta contro la esecuzione nei modi da quell'articolo disegnati. Indi nel termine, ivi pure prescritto, fa la sua opposizione di contumace e tenta di prender il suo posto di contraddittore in giudizio. L'art. 477 aveva già prevenuto il presente, dicendo, che *la opposizione fatta nel modo e nei termini suindicati impedisce* (cioè arresta) *la esecu-*

zione della sentenza: al cbo bisogna aggiungere, cbe gli atti fatti devono ritenersi per validi finchè il conveuuto non riesca vincitore nella sna opposizione. Con ciò l'articolo 580 trova in quello il suo riscontro, e la limitazione è seguita da nna sottolimitazione, *purchè non sia stata ordinata la esecuzione provvisoria.* Nel qual caso si rientra nella regola generale cbe la *opposizione non sospende.*

Quindi la segnente parafrasi dell'art. 580. = Se la sentenza cbe si manda ad esecuzione sia stata proferita in contumacia, non sia stata notificata in persona propria al convenuto, e non sia munita della clausola di esecuzione provvisoria nonostante appello od opposizione, la esecuzione rimane sospesa qualora il convenuto si presenti all'atto di pignoramento se trattasi di esecuzione sui mobili, e si opponga al precetto se trattasi di immobili, nei modi e termini proposti dall'articolo 477. =

2. *Altra causa di sospensione.*

Perchè non dovrebbe sospendere il pagamento?

L'usciere ha bisogno di nn mandato, l'esecnzione è un fatto della parte. Il mandato però dell'usciere, in ordine ad esecuzione mobiliare, è comprovato dal possesso del titolo esecntivo cbe non può provenirgli che dalla mano del creditore. È stato osservato, io credo con ragione, cbe il debitore è liberato da ogni responsabilità pagando all'usciere *istrumentante*, nell'atto cioè in cui esercita la sua fnnzione e ne scrive il verbale. Se fuori di essa, in altro tempo o lnogo, il debitore pagasse, l'usciere non sarebbe considerato cbe qual semplice gestore *ad negotia*, non più quale ufficiale pnbblico nell'atto del suo esercizio; e della malversazione del danaro dovrebbe rispondere il pagatore medesimo verso il creditore per la sorte, o verso il procuratore della causa per le spese (Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n. 35).

La sospensione pnò intendersi così di un pignoramento non ancora cominciato, poichè lo ingrato presentarsi dell'usciere vale una flagrante minaccia; e può intendersi eziandio di un pignoramento cbe si sta operando. Intanto ciò cbe è fatto, è valido: il pagamento è semplicemente *un deposito:* il creditore può dedurre avanti il giudice dell'esecuzione, se ne ha, ragioni in contrario, suppongo, sulla non integrità del pagamento; il debitore, dal canto suo, può costringerlo alla formale liberazione, ed allora ogni traccia del pignoramento si estingue.

Articolo 581.

Il pignoramento è perento di diritto se la vendita non abbia luogo nei giorni novanta successivi al pignoramento, e il creditore pignorante soggiace alle spese.

Non è computato nei giorni novanta il tempo decorso per le opposizioni o altre quistioni incidentali.

Articolo 582.

Per il pignoramento e la vendita dei bastimenti di mare si osservano le disposizioni del codice di commercio.

Dei precetti esecutivi e della loro natura giuridica in ordine specialmente al diritto d'appello dalle sentenze sulla opposizione.

(Dalla seconda edizione).

I.

Considerazioni generali.

Il primo Titolo del Libro II si annunzia coll'epigrafe — *Regole generali sulla esecuzione forzata.* Dopo aver narrate le varie classi dei *titoli* cbe sono fonti di esecuzione legittima, entra a discorrere *dei modi della esecuzione*, e con regola generale e senza distinzione fra esecnzione mobiliare o immobiliare, pone — « La esecuzione forzata dev'esser preceduta « dalla notificazione al debitore del titolo « esecutivo *e del precetto* nelle formo stabilite « dall'articolo 368 ». Nell'articolo successivo dicbiara il contenuto del precetto e il rito da osservarsi per la validità dell'atto. Limita la disposizione generale all'articolo 565 se la sentenza non condanna ad una somma pecu-

niaria, ma alla consegna di mobili o d'immobili con prefissione di termine al rilascio, mentre la prefissione del termine accorda quella stessa comodità al debitore che è lo scopo della ingiunzione precettiva.

Nè il precetto è soltanto una comodità, un respiro, di fronte alla esecuzione minacciata: è un varco aperto alle difese. Non è qui il luogo a vedere fin dove possa estendersi il campo della *opposizione;* ne parleremo più avanti. Ciò che è positivo, ciò che è innegabile e pur tanto importante nella nostra discussione si è, che la opposizione al precetto solleva *una controversia sulla esecuzione* per manifesta contemplazione della legge, indipendentemente dalle considerazioni razionali che faremo in seguito.

In questo medesimo titolo e sotto questa medesima rubrica in cui si stabilisce l'obbligo del precetto onde si crea il diritto della opposizione, in questo titolo e sotto questa rubrica all'articolo 570, si determina la competenza rispetto *alle controversie sulla esecuzione delle sentenze*, affidata al magistrato civile (pretore o tribunale giusta il valore); e similmente rispetto *alle controversie sulla esecuzione degli atti contrattuali* spediti in forma esecutiva; ed essendo necessario precisare anche il rito, si dichiara nell'articolo 573 « nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario ».

Nel Titolo II che si appella — *Della esecuzione sui mobili* — agli articoli 579 e 580 si parla e *della opposizione al precetto* e del modo di preporla. Più avanti il Titolo III discorre ampiamente — *della esecuzione sopra i beni immobili* e si comincia dal precetto (articolo 659) come atto primo e fondamentale della esecuzione, al quale si annettono effetti gravissimi; e subito dopo (articolo 660) si volge il pensiero al tempo, al modo, alla competenza del giudizio di opposizione, indi si percorre tutto il movimento, si contempla ogni sviluppo, ogni fase del processo esecutivo sino alla vendita. Da questo complesso nascono decisioni, alcune necessarie e proprie dell'organismo processuale (1), altre occasionali. Vi è o no un rimedio contro siffatte pronunzie? Non si poteva farne capi e applicazioni distinte; a tutte conveniva una disposizione in cui si rappresentasse un sistema. Solamente, perchè varietà si riscontra nell'indole delle due esecuzioni, osservo che in due rubriche si tratta dell'appello; nel Capo IX del Lib. II rapporto *alle sentenze pronunziate nei giudizi di esecuzione mobiliare* e negli articoli 702, 703, *rapporto ai giudizi di spropriazione.* L'appello in generale è concesso, tolte alcune limitazioni; ma a termine più ristretto dell'ordinario.

E in cotali norme si compendia l'ordinamento del Codice per quanto è il subbietto presente. Non pare che in tutto ciò vi sia niente di faticoso nè difficile. È almeno la impressione che ha sempre prodotto in me, per cui scrivendo io sul Codice poco dopo la sua apparizione e prima che la giurisprudenza avesse pronunciati i suoi oracoli, andai come a dire per le semplici e non ebbi il tatto delle previsioni: non immaginai, lo confesso, che qui esistesse il germe di una questione importante. Per altro debbo lodarmi di avere afferrato sin d'allora il concetto che deve condurre allo scioglimento. Alla pag. 570 della 2ª edizione n. 3, lett. *a*, sebbene all'intento speciale di considerare la competenza del tribunale di commercio, venni sul toccare che, la *esecuzione mobiliare non comincia che dal pignoramento* e ciò a modo di obbiezione a me stesso per rilevarne se il tribunale di commercio potesse o no giudicare *della efficacia del precetto*, preposto alla esecuzione delle proprie sentenze, come ne avrebbe avuta indubitatamente la facoltà, qualora il precetto fosse atto diviso dalla esecuzione. Ma io stimai che il vero punto di vista in cui l'esame doveva porsi non fosse propriamente questo; imperocchè poteva anche concedersi che, per certi rispetti, il precetto potesse intendersi qualche cosa di separato e distinto dalla esecuzione senza però che si potesse l'atto sottrarre alle disposizioni speciali che i giudizi della esecuzione riguardano. Fui consolato di una eccellente compagnia, quella di uno scrittore egregio sulla identica materia che io mi onorai di citare.

Ora io riassumo quel mio concetto che svolgerò più avanti e che per me è la chiave del non arduo problema. Vediamo pertanto come in faccia a quello siasi scossa e vada divisa e quasi errante la giurisprudenza.

II.

Divisione della giurisprudenza. Obbiezioni.

Ogni volta che si tratta di applicare l'articolo 656 o 703 o si pubblicano decisioni, qua-

(1) Nomine di periti, destinazioni di udienze, dichiarazioni di vendita, aggiudicazioni, ecc.

lunque via si prenda, i diligenti compilatori sono là per avvertirvi che ferve una lotta fra i tribunali cui le risoluzioni, per verità assennate delle corti supreme, non hanno ancora posto fine. Per tacere di altri citerò una nota recente di un giornale, che è fra i più benemeriti della dottrina pratica forense, voglio dire della *Temi Italica* che in proposito di una ultima decisione della corte di cassazione di Firenze, da me redatta colla semplicità di chi non sente dubbio di sorta, addita il numero grande dei pro e contro dei tribunali in tale questione (1). Vero che in ogni parte dissenso non c'è, mentre, come vedremo appresso, si presentano aspetti intorno ai quali generalmente ci accordiamo. Ma notiamo le parti che ci dividono (2).

Il vero e grande sviluppo della questione, lo sforzo degli argomenti, si riscontra nella indicata decisione della corte di Brescia del 15 aprile del 1868. Il dotto ed operoso magistrato che ha stesa quella sentenza, non ha risparmiato invero riflessione e indagine alcuna per approfondire un subbietto che non si crederebbe suscettibile di sì amplo svolgimento.

Io vengo a raccogliere i suoi argomenti come altrettante obbiezioni delle quali ho dovere di rendermi esatto conto, per sostenere il mio antico assunto. Senza di ciò non si potrebbe sperare di far tacere una qualche volta questa disputa più rumorosa che grave. Intanto giova osservare che la sentenza di Brescia non indietreggia avanti la maggiore difficoltà versando in tema *di esecuzione sopra beni immobili* (3).

Precede una parte erudita ove sull'appoggio di tradizioni giuridiche si vuol dimostrare che fu equità di tutti i tempi di mandare innanzi alla esecuzione reale atti diffidatorii e comminatorie al debitore affinchè la esecuzione non dovesse cominciare dalla esecuzione, nè si venisse *ex abrupto* al pignoramento. Nè più severa è la legge presente che preordina la notificazione del titolo esecutivo e il precetto con termine congruo a soddisfar il debito. Ma lungi che il precetto sia atto d'esecuzione, il suo scopo, si dice, è di abilitare il minacciato a difendersi; e per sè è atto di parte, stragiudiziale; semplice avvertimento di futura esecuzione, che non contiene veruna istanza diretta all'autorità nè introduce giudizio di spropriazione. Devono passare 30 giorni prima che il giudizio di spropriazione possa avere cominciamento. E come tali fatti giuridici sono separati per tempo, lo sono eziandio per loro essenziale natura, non essendo mai che si confonda l'atto di avvertimento e di minaccia coll'atto susseguente onde si reca ad effetto la fatta minaccia.

Che giudizio adunque è quello di opposizione al precetto? Un giudizio incidente? No mai, perchè non trovereste il giudizio principale. Anzi questo è del tutto giudizio principale, in cui l'intimato può insorgere per molte guise contro il titolo stesso di pretesa condanna che in contrario si affaccia; e l'intimato è tenuto per necessità delle cose a farsi attore, ed assumere in conseguenza un vero giudizio principale. Risponde a questi concetti logici nella sua economia l'ordine del Codice, che comincia dal precetto (art. 659 e seguenti) prima di passare al giudizio di spropriazione. Degli incidenti, dei veri incidenti che nascono nel giudizio di spropriazione si occupa in appresso, in luoghi speciali, agli articoli 695 e 701. E che incidente non sia e non possa essere la opposizione al precetto, si vede chiaro dacchè nell'articolo 570 si dispone che la cognizione sulla esistenza, entità, o interpretazione di una obbligazione commerciale promossa per opposizione a precetto appartenga al tribunale di commercio anzichè al tribunale civile nella cui giurisdizione sono situati i beni che è il solo competente pel giudizio principale esecutivo. Strana cosa che

---

(1) Anno 1871, num. 2, decisione del 14 novembre 1870.

(2) In una nota del *Monitore dei Tribunali* (anno 1870, pag. 181) si citano sentenze *favorevoli al termine ordinario* della corte d'appello di Milano, 31 dicembre 1866, e della stessa corte del 21 xbre 1867, due della corte di Brescia del 21 dicembre 1867 e 15 aprile 1868; e quattro della corte d'appello di Torino.

Ammettono invece la più ristretta applicazione: una sentenza della corte di Milano del 3 marzo 1867; una della corte d'appello di Torino; una della corte di Parma; una della corte di Catanzaro; e tre della cassazione di Firenze, in tema di esecuzione mobiliare.

Aggiungo a questa seconda serie una decisione della corte di Casale del 18 novembre 1868 (Bettini-Giuriati, part. II, pag. 860); della corte di Genova del 18 settembre 1868 (Bettini-Giuriati, 1868, part. II, pag. 768); della corte di cassazione di Torino (in principio per l'applicazione dell'art. 656) del 29 dicembre 1869 (Bettini-Giuriati, 1869, p. I, pag. 855), e finalmente l'ultima della cassazione di Firenze del 14 novembre 1870 teste citata.

(3) Poichè quivi bisogna proprio lottare col testo espresso della legge, come vedremo in seguito.

un incidente dovesse portarsi ad altra sede da quella del giudizio principale!

Ben altro quando il giudizio di esecuzione forzata è gia cominciato mediante la citazione di vendita secondo l'articolo 602. Se l'intimato non si provvidde colla opposizione al precetto; se abbia eccezioni a dedurre contro gli atti del giudizio esecutivo, quelle saranno questioni incidentali essendochè il giudizio di esecuzione sia già radicato. E allora s'intende quella cura di celerità che si è data la legge abbreviando i termini, il che non saria stato ragionevole nè opportuno prima di quel tempo.

Poi venendo a ciò che vi ha di più scabro nel suo assunto, l'egregio estensore non si mostra sgomentato dagli effetti realmente esecutivi ed afficienti la disponibilità del possesso che si attaccano ad un precetto di esecuzione sugl'immobili dopo la formalità della trascrizione (articoli 2084, 2085 del Codice civile). Bene poteva farlo il legislatore, si dice, partendo dal principio che tutti i beni del creditore sono pegno del debitore: ha potuto perciò « senza ledere la giustizia attribuire all'atto stragiudiziale di precetto, diretto a costituire in mora il debitore, la efficacia giuridica di sospendere in lui l'esercizio del diritto di libera disponibilità dei beni da espropriarsi e dei frutti a garanzia dei creditori inscritti e di trasformarlo frattanto in sequestratario giudiziale senza bisogno di nessuna precedente citazione e cognizione in contraddittorio, trattandosi di effetti che per evidenti ragioni di convenienza e di utilità assai facili a comprendersi, si potevano ragionevolmente ascriversi ad atto di costituzione in mora. Tali effetti giuridici però, derivanti da *atto di parte essenzialmente preparatorio*, inaudita l'altra parte, sono di per sè *precari e non perpetui*, dipendendo da che nel termine dei 180 giorni (articolo 566), venga istituito giudizio formale di esecuzione avanti l'autorità competente. I creditori pertanto hanno da tali effetti una garanzia che deve loro bastare, senzachè sia poi necessario derogare alle regole generali col rendere inappellabili le sentenze che rigettassero eccezioni di forma, e coll'accorciare, rispetto a tutte le altre, in modo eccessivo il termine ordinario ad appellare. Tanto più che potrebbero incontrarsi casi in cui sì smodato rigore sarebbe assolutamente ingiusto. Potrebbe intervenire di fare ingiunzioni ad eredi, i quali ignorassero persino la esistenza del debito e ne fossero venuti in cognizione solo cinque giorni prima, in forza della notificazione che loro deve farsi per ordine dell'articolo 560. A chi è posto in siffatta condizione, quale ingiustizia angustiare i termini! »

La sentenza insiste principalmente nel dire che quella distinzione, che in antico era anche più spiccata, fra lo stadio preparatorio e stragiudiziale della esecuzione e la stessa esecuzione, dove tuttora osservarsi; e le disposizioni eccezionali, d'altronde giuste, stabilite dalla legge pei giudizi incidentali che si verificano nello stadio esecutivo, non potrebbero senza abuso dei principii interpretarsi in modo estensivo.

Che se nell'epigrafe del § v (Sez. I, Capo I, Titolo III) si parla dell'appello che ha luogo dalle sentenze pronunziate *nei giudizi di espropriazione*, non è da questa espressione che possa avvalorarsi l'obbietto desunto dalla qualità incidente del giudizio di opposizione al precetto, quasicchè faccia parte del giudizio di espropriazione. E due argomenti si adducono a prova: 1° che la formola *giudizi di espropriazione* è esatta se si consideri che le disposizioni di eccezione si applicano anche ad altri giudizi, cioè a quelli di espropriazione contro il terzo possessore (Sez. II seguente); 2° che « uno solo è il giudizio principale, cioè quello di espropriazione, e le questioni incidentali che durante il suo corso si propongono, non sono già altrettanti giudizi di espropriazione, ma ritraggono il loro carattere *della diversa natura della domanda che si proponga per modo di azione e di eccezione* ». Tanto sarebbe dire che l'opponente al precetto eleva contro di sè un giudizio di espropriazione, il che sarebbe mostruoso ed assurdo.

Deducendo ancora argomenti dalla economia letteraria del Codice, osserva la sentenza che « se il legislatore avesse voluto stabilire una massima generale applicabile a tutti i casi indistintamente e perciò anche al giudizio principale di opposizione a precetto promosso nello stadio preliminare, non avrebbe certamente mancato d'inserire la generale disposizione, come in propria sede naturale, nel I Titolo del II Libro, contenente appunto le regole generali della esecuzione » (1). Doveva farlo almeno nell'articolo 574, ove si dichiara che — le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizi d'esecuzione non sono soggette ad opposizione. — Eppure non volle

(1) Invece fu dedicato un paragrafo speciale al regolamento d'appello (articoli 702, 703).

farlo per non dare alla massima un carattere troppo generale. Che anzi nei diversi articoli (665, 703, 706, 725, 738, 777) il legislatore non fece che disposizioni speciali di eccezione e tali che non possono estendersi ad altri casi.

L'articolo 575 autorizza la surrogazione di altri creditori chiedenti di continuar gli atti di esecuzione dal creditore procedente trascurati. Questo canone di diritto giudiziario si riscontra nel Titolo I e *fra le regole generali sulla esecuzione forzata*. Pare che la difesa dell'appellante ne argomentasse alla possibilità di controversie incidentali in quello stadio preliminare del processo. E se ne porge occasione alla sentenza per insegnare una rilevante teoria. Essa nega recisamente che la istanza, prevista dall'articolo 575 possa aver luogo *se non dopo già iniziato il giudizio di spropriazione colla citazione richiesta dall'articolo* 662. Prima è *assolutamente impossibile* non potendosi concepire surrogazione in *una istanza che non esiste*. Il creditore iscritto che non può far altro *che intimare a sua volta precetto al debitore* facendone trascrizione all'uffizio delle ipoteche; scorsi i 30 giorni, *se il primo creditore non avesse* ancora iniziato il procedimento, può egli per primo istituirlo *senza bisogno d'inutile e assurda surrogazione in una procedura giudiziale che non ha mai esistito e non esiste*. Allora soltanto, se il creditore istante non si curasse di proseguirla, o che il secondo precetto comprendesse una quantità maggiore di stabili, potrebbe il nuovo creditore invocare ed ottenere di essere surrogato nella *intrapresa* istanza a tenore dell'articolo 595 (1).

In mezzo a tutto questo entra importuno l'art. 569 il quale stabilisce: « La esecuzione « s'intende cominciata riguardo ai mobili, col « pignoramento; *e riguardo agl'immobili, colla* « *notificazione del precetto* ». Ecco la risposta che l'ingegno e la erudizione ha suggerito al redattore.

La sentenza ha costantemente sostenuto che il precetto non è atto di esecuzione ma solo preparatorio di un atto di esecuzione da farsi, e da essa separato e distinto come *la minaccia* è diversa dal fatto minacciato il quale non si realizza che in tempo posteriore. Ma incontratasi nell'articolo 569 « ed a cessare ogni apparente antinomia che risulterebbe da letterale farisaica interpretazione » la sentenza così dice: « Bisogna ritenere che la legge *abbia considerata la esecuzione sotto due diversi aspetti*, allo scopo di conciliare tra loro quelle disposizioni che altrimenti sarebbero contraddittorie e incompatibili l'una coll'altra. E in conformità dei principii della scienza abbia voluto tenere distinto il concetto *di esecuzione generica in lato senso*, comprensiva anche di quella che chiamavano nominale o letterale o di mero diritto — executio juris — *dal ben diverso concetto di quella speciale esecuzione mobiliare o immobiliare in stretto senso, che noi chiamiamo forzata*, e che gli antichi dissero reale e di fatto (Strichius VIII, cap. 31) ». Ond'è che l'art. 569 *omette avvertitamente l'aggiunto di — forzata* — che si legge invece nell'articolo 562.

Sì: *la esecuzione può e deve ritenersi incominciata;* era incominciata, quando nell'antico stile si assegnava al soccombente un termine per obbedire al giudicato; quando il soccombente domandava e otteneva un termine di sospensione, durante il quale *non era lecito al creditore fare atti di esecuzione reale;* è incominciata, quando « tatte le sentenze portanti condanna a consegnare cose mobili o a rilasciare immobili debbono contenere un termine all'eseguimento che *sta in luogo del precetto* ». Dato che vi abbia ingiunzione anche senza precetto, si può con tutta verità ritenere cominciata la esecuzione *nel più largo significato giuridico della parola*, ma sarebbe illogico dedurne *la esistenza della esecuzione reale;* come sarebbe assurdo il derivare la esecuzione reale e forzata dalla ingiunzione del termine che le sentenze dell'ordine indicato sogliono assegnare alla propria esecuzione.

III.

Posizione della questione.

È, come si vede, una dimostrazione laboriosa che accusa qualche lato debole del sistema dovutosi rafforzare per virtù d'ingegno e non senza stento. Scrittore, io non ho il menomo interesse di combattere una sentenza che m'ispira rispetto per la sincerità delle convinzioni; ma temo che l'autorità possa offendere il principio più ancora che non possa farlo una simile argomentazione. Nel dovere che ho di aggiungere qualche svolgimento a

(1) Ho recata quasi per intero la dimostrazione dell'illustre redattore, poichè inaugura una teoria che domanda di esser esaminata a parte.

questa parte della dottrina giudiziaria in relazione al Codice, non posso esimermi dall'ingrato ufficio di censurare, se non le idee in generale, le conclusioni e le applicazioni che la magistrale sentenza ne ha fatte.

A che tende la nostra discussione? Qual è il problema che noi dobbiamo sciogliere? L'averlo presente può liberarci da molte astrattezze e da molte ricerche pressochè inutili.

Dopo avere lungamente e accuratamente esposto il rito della esecuzione forzata, oggetto di tutto il Libro II, il Codice si occupa dei rimedi che potranno competere contro le sentenze *pronunziate nei giudizi di esecuzione mobiliare* (art. 655, 659, 657) e nei giudizi di spropriazione (art. 702, 703, 704). La sentenza che si pronuncia sulla opposizione al precetto è appellabile; è appellabile nel termine ristretto di 15 giorni o nel termine ordinario? Vale dire, tali sentenze sono o no comprese nelle accennate disposizioni? È sempre sotto questo aspetto che si formola in concreto la questione e non era diversa quella che si dibatteva avanti la corte di Brescia.

Noi possiamo ammettere due stadi nella esecuzione: uno stadio iniziale o preparatorio ed altro effettivo o reale (1), senza punto temere la influenza di questo argomento discretivo. Noi consideriamo le controversie *in quanto abbiano relazione colla esecuzione*, in quanto la riguardino, in quanto vi abbiano efficienza, prescindendo dalla posizione più o meno avanzata degli atti esecutivi; quelle insomma che l'articolo 570 appella con denominazione complessa — *controversie sulla esecuzione delle sentenze*. Che il precetto se non è atto di esecuzione sia, generalmente parlando, base della esecuzione e condizione della sua validità; che mentre l'opponente ha per iscopo di deviare o respingere la minacciata esecuzione o di annullarla incominciata, poichè la opposizione non è sospensiva (articolo 580), il creditore aspiri dal canto suo a portarla ad atto o proseguirla, in ciò siamo concordi; è quindi sottinteso che si tratta di *controversia sulla esecuzione*.

Tutto quanto il procedimento esecutivo si regge con forme eccezionali, se così vogliamo chiamarle, ma proprie della sua indole speditiva come organo della soddisfazione dei crediti giudicati. Non è facile il transito alle comodità, ai termini, alle dilazioni che si godono quando si disputa ancora del diritto, e nel corso ordinario dei giudizi. Ora *il procedimento esecutivo è formato di quel complesso di disposizioni* che dal precetto si estende sino alla vendita o aggiudicazione.

L'atto iniziativo e primordiale della esecuzione, il precetto e il giudizio che intorno al precetto può sollevarsi per via di opposizione, non è egli parte di questo complesso? Ma come dubitarne, se nel Tit. I di questo libro all'art. 562 è stabilita alla esecuzione quale formalità indispensabile il precetto, il cui rito è spiegato nell'art. 563 mentre il Tit. I è il complesso *delle regole generali sull'esecuzione forzata?* Come dubitarne, se nel Tit. II, all'art. 579 si tratta della opposizione al precetto, e dei suoi effetti meramente devolutivi nell'art. 580; e se la materia del Tit. II *è la esecuzione sui beni mobili?* Così l'articolo 659 e 660 regolano il precetto e la opposizione in giudizio di esecuzione sopra i beni immobili, e il Capo di cui fanno parte s'intitola — *Del giudizio di spropriazione* — come di sopra abbiamo osservato. Ora il Capo IX del Tit. II e il § V della Sezione I, del Capo I, Titolo III concentrando in una disposizione le sentenze che si pronunciano nei giudizi di esecuzione mobiliare o immobiliare contengono virtualmente, necessariamente, anche le sentenze *sulla opposizione dei precetti* essendo tali giudizi contenuti nel regolamento generale e speciale delle esecuzioni.

IV.

Confutazioni degli argomenti della sentenza.

Scorriamo le obbiezioni.

Inutile il dire che non deve venirsi *ex abrupto* al pignoramento (2). Il nostro Codice non è meno umano degli altri al debitore, quantun-

(1) Nella mobiliare, perchè nella immobiliare si confondono, come diremo in appresso.

(2) Executio non est facienda juris ordine prætermisso (Barbosa, ad Leg. 58, Dig. de re judicata). Non deve cominciarsi dalla esecuzione; ma l'esempio formale che se ne ha nella Leg. 1, Cod. de executione rei judic., corregge l'arbitrio di quel giudice che *nimis propere* aveva ordinato i pegni a carico di Marcella; *nimis propere*, cioe prima della sentenza (*ante rem judicatam*), e prima del giudicio. Onde gl'imperadori ammonirono il litigante « prius est ergo ut servato ordine, actionem adversus eum dirigas, et causa cognita sententiam accipias ». Del resto la sentenza, non appellata, aveva *la esecuzione parata*. « Si causam judicati non novasti, rem judicatam præses provinciæ *etiam pignoribus captis ac distractis*, ad emolumentum produci debebit » (L. 2, Cod. eod.). Il giudice esecutore non poteva riformare il giudicato (Leg. 6 e pen., Cod. eod.; L. 29, Dig. de jurisdictione). Il regolamento romano, po-

que non gli consenta l'abuso a cui nella sua posizione è sempre inclinato.

La sentenza manca piuttosto di criterio pratico che di concetti giuridici. Il precetto preparando la esecuzione non può essere la stessa esecuzione; fa le funzioni di un avviso, di un monito, di una minaccia; e quindi non può confondersi con atti susseguenti che realizzano la minaccia. Ciò è vero in fatto di esecuzione mobiliare (non però rispetto ad esecuzione immobiliare, come dirò in seguito). Ma nulla conclude. Le questioni che si fanno intorno al precetto sono questioni *relative alla esecuzione*, perchè il precetto tende alla esecuzione come a proprio scopo, perchè si decide *della esecuzione* quando si decide del fondamento a cui si attiene, quando si decide della sua sospensione o del suo annullamento per la forza delle eccezioni sollevate dall'intimato.

Aggiungo, ciò che dicesi in ordine alla esecuzione materiale, riceve ampliazione rispetto al titolo esecutivo. Rispetto a questo, l'atto di comando, o ingiunzione a pagare, o precetto che chiamar si voglia, è un vero e proprio atto di esecuzione nel senso che gli è il primo passo all'apprensione dei beni o della persona. La esecuzione di una sentenza è moltiplice e varia e non consiste sempre in una oppignorazione. Si comincia ad eseguire la sentenza coll'atto di precetto, vale dire con una ingiunzione autorizzata dalla legge che pone il debitore sotto il peso di una comminatoria gravissima che coarta la sua libertà, e lo espone irreparabilmente ad essere colpito nei beni o nella persona (1), se efficacemente non si difenda, per quanto il permetta la condizione pregiudicata in cui si trova (2).

Ma il giudizio di opposizione al precetto, si osserva, non è incidente di verun altro: sta da sè: è un giudizio principale. Solamente quando il giudizio di esecuzione forzata è cominciato, allora si possono comprendere incidenti di nullità, questioni che conviene accelerare perchè impediscono e intralciano gli atti esecutivi; e allora solo si trova ragionevole un appello in compendio, al ristretto termine di quindici giorni.

Su questo argomento la sentenza insiste lungamente, e nel fondo ha ragione, ma le sue conclusioni non sono rette. L'ordinamento delle appellazioni speciale al procedimento esecutivo, non è fondato sulla distinzione *fra giudizio incidente* o *principale*. Vi hanno sentenze che risolvono tutto l'oggetto del giudizio e non sono appellabili. Tali sono *le sentenze di vendita anche in seguito di aumento e di rivendita* (art. 702, n. 4). Vi hanno invece sentenze incidentali che danno luogo all'appello ordinario: quando si tratti cioè *di cause di separazione di beni immobili* (art. 704). Infine se il giudizio di opposizione al precetto sia incidente o principale, secondo la natura delle cose, è per noi una ricerca che non ha scopo. Ammesso che sia principale, non essendo pedissequo ad altro giudizio esistente, non è però men vero ch'esso nasce nello stadio di eseguibilità del titolo esecutivo, e versa sulla esecuzione. Ciò basta per le ragioni dette onde ritenerlo compreso in quelle disposizioni che regolano l'appello *nei giudizi di esecuzione mobiliare* o *di spropriazione*.

Il motivo della celerità non è minore in principio che in fine del *processo esecutivo*. Se la esecuzione non è cominciata colla ingiunzione del precetto, certo è cominciato *il processo esecutivo* di cui il precetto è l'atto primordiale e necessario. Il minacciato, l'opponente, ha senza dubbio interesse di procrastinare e di fare appelli lunghi e prolissi: per lui la migliore delle difese è il tempo. Ma non è così per chi possiede un titolo esecutivo e ha bisogno di affrettare la esecuzione. In fatto di termini, quando si tratta di esecuzione, la legge si pone piuttosto nel punto di vista del creditore, persuasa che la celerità è giustizia. Nel cumulo dei mezzi difensivi favorisce il debitore, ma gli è avara nel tempo, perchè sa che è sempre disposto ad abusarne. Quale differenza ci potrebb'essere fra un processo esecutivo che comincia ed un altro che è già progredito, se non nella maggiore necessità di economizzare il tempo? Effettuata la esecuzione, il creditore è già in possesso del pegno materiale, e meno gli nuoce il ritardo. Ma l'interesse vero della celerità è nel cominciamento. Allora il pericolo, mentre il debitore si adopera a tutt'uomo per respingere il creditore dal pegno a cui aspira.

Se poi si avverta che la opposizione non sospende la esecuzione ove « non sia depositata

---

salo su questo principio, non ammettava verun avviso preliminare alla esecuzione, nessun giudizio fra la sentenza e la sua esecuzione. Ciò sia detto soltanto perchè non si esageri neppure dal lato della tradizioni.

(1) Io vado abbracciando nelle mie osservazioni anche questo modo di esecuzione alla quale deve parimente precedere la intimazione precettiva (articolo 751), e non è diverso l'ordine delle idee.

(2) Ciò riguarda la natura della opposizione di cui qualche cosa mi resta a dire in luogo opportuno.

la somma intera colle spese » (articolo 580), altri argomenti sorgono a sostegno della tesi: 1° il precetto appare un precedente logico della esecuzione reale, e organicamente la causa da cui si sviluppa la stessa esecuzione che non si arresta per la opposizione dell'intimato; onde vieppiù trovasi illogico disgiungere questi due fatti, quasi l'uno all'altro stranieri; 2° dacchè la esecuzione prosegue di fronte alla opposizione, si coordina perfettamente coll'indole di un tale procedimento, ed è giusto per ogni parte, che i giudizi intermedi (se non incidenti a rigor di parola) non si prolunghino soverchiamente, per interesse reciproco delle parti, in una posizione per ambedue così molesta.

Queste considerazioni devono farci persuasi che *eziandio nei giudizi di esecuzione mobiliare*, il precetto fa parte dell'esecuzione, e per conseguenza le controversie riguardanti il precetto e la opposizione si reputano *controversie sulla esecuzione*, o *relative alla esecuzione*, per l'effetto dell'appello (1). È del tutto consono alla natura delle cose l'articolo 569, che fa cominciare la esecuzione mobiliare dal *pignoramento* anzichè dal precetto; ma se non havvi identità, certo esiste *relazione di causalità* fra codesti atti. Il precetto, come già si disse, è atto esecutivo benchè non di esecuzione materiale, benchè preceda e non costituisca il pignoramento; è atto di autorità benchè derivante dal privato, essendo a ciò autorizzato dalla legge, ed è in forza della legge, e non per arbitrio del privato, che il precetto, non obbedito, sottopone legalmente il debitore alla esecuzione reale.

—

Ma il precetto che dee farsi nell'imprendere la *spropriazione*, o *esecuzione immobiliare*, quando sia regolarmente trascritto, è in realtà esso medesimo un atto di esecuzione. E qui non vi ha contraddizione possibile. Tuttavia si è tentata, e quel che più spiace, si è tentata da una rispettabile corte d'appello.

Il precetto trascritto produce per se stesso due rilevantissimi effetti: 1° immobilizza i frutti, ossia li aggiunge al prezzo degli stabili sottraendoli al godimento del proprietario; 2° toglie al proprietario la disponibilità stessa del fondo, riducendolo alla condizione di semplice sequestratario nell'interesse e per conto dei creditori, se pure non si trovi utile di spogliarlo anche di una tale ingerenza (art. 2085 del Codice civile). Così il pegno giudiziale è formalmente costituito e attribuisce ai creditori i più reali vantaggi. Che cosa si oppone? Si è ben costretti a riconoscere la virtù *dell'atto stragiudiziale* che opera questa specie di prodigio fuori della sua natura *per ragioni di convenienza e di utilità assai facili a comprendersi;* ma è vano volerne attenuare la forza studiando le parole: sono effetti giuridici inerenti all'atto e della maggiore importanza.

La sentenza qualifica questo precetto *come un atto di costituzione in mora* del debitore, e simili effetti non ripugnano alla sua natura! La idea non è vera che in parte. L'elemento della costituzione in mora esiste nel precetto, ma non è il solo ufficio del precetto, adempiendo nello stesso tempo alla condizione preliminare della esecuzione. Ciò rapporto alla mobiliare; ma rapporto alla immobiliare, il precetto ha una attitudine anche più energica, poichè mediante la trascrizione assume carattere di vero e proprio atto esecutivo.

Ma gli effetti che produce, soggiungesi, *sono precari e non perpetui*, imperocchè se nel termine legale dei 180 giorni *non siasi proceduto agli atti di esecuzione*, s'incorre nella decadenza comminata dall'articolo 566. Procedere agli atti di esecuzione, secondo la corte di Brescia, significa *promuovere la vendita* in conformità dell'articolo 662. — Ammettendo per ora questa applicazione (di cui mi riserbo parlare in altro luogo) non mi riesce di comprendere la conclusione che voglia trarsene nella questione presente. L'essere esposti alla perdita di un diritto se non sia mantenuto con quei mezzi che la legge prescrive (come se non si rinnova una iscrizione ipotecaria) importa forse che non si abbia il diritto? Se una procedura può perimersi dopo un lasso di tempo, significa forse che gli atti di quella procedura sono inconsistenti *e precari?* Ma l'ingegno sottile del redattore volle con tale argomento levare pressochè ogni efficacia *all'atto di parte, essenzialmente preparatorio*, come si espresse, per concentrare tutta la possa della esecuzione nella citazione colla quale si domanda la vendita giudiziale dell'immobile. Meglio è lasciare ad ognuno di codesti atti la sua virtù legittima: quella, voglio dire, che la legge gli attribuisce. La trascrizione del precetto ha gli effetti suoi propri, e non aspetta da verun-al-

(1) E tutte anche le *controversie sulla esecuzione* abbraccia l'articolo 573, ordinando la *procedura sommaria*, altrimenti potrebbe darsi che nelle cause sulla opposizione al precetto, si procedesse colla forma ordinaria.

tro atto, giudiziale o stragiudiziale, la sua integrazione o perfezione. La citazione della vendita non potrebbe nè surrogare nè rappresentare la costituzione del pegno di già stabilita, come la trascrizione del precetto non potrebbe equivalere e tener luogo della citazione della vendita. Sono atti che segnano due distinti periodi del processo esecutivo; poco importa se il primo sia stragiudiziale e giudiziale il secondo, dato che la legge abbia voluto assegnare ad essi rispettivamente certi effetti giuridici.

Ma a qual pro codeste osservazioni nella questione che ci occupa? Forse le controversie che si sollevano contro il precetto in se stesso o sulla sua notificazione, o sulla trascrizione, o sulle formalità che devono accompagnarla, *non sono controversie relative alla esecuzione?* Ed e ciò che in sostanza si nega col giro di una non facile argomentazione prendendosi a dire: che i creditori sono sufficientemente garantiti, che devono starne contenti, che del resto vogliono rispettarsi le regole generali dell'appellazione ordinaria, che non si vede perchè si abbiano ad accorciare i termini. E poichè nulla sfugge all'accuratezza dello scrittore, egli avvertiva che in qualche caso speciale la ingiustizia di un simile ordinamento verrebbe ad aggravarsi.

Per un diritto da costituirsi, forse siffatte ragioni sarebbero buone. Ma in realtà non è dalla condizione più o meno assicurata del pegno giudiziale che può prendersi la norma per giudicare la forma dell'appellazione. Quando nella maturità del processo esecutivo sorgono questioni onde nascono sentenze o non appellabili, o appellabili soltanto entro quindici giorni, i creditori sono in possesso di tutte quelle garanzie che possono avere dalla materia oppignorata. Ma ciò non influisce nè sul diritto nè sulla forma dell'appellazione. Si è guardato con compassione il caso degli eredi, ignari dei fatti del defunto, angustiati dalla brevità dei termini. La legge ha provveduto colla disposizione dell'art. 560. È ciò che ha voluto fare; fuori di questo, rappresentando il defunto nella sua condizione di debitore, gli eredi non possono pretendere un miglior trattamento.

E non era argomento di lieve conto quello che l'appellante desumeva dall'epigrafe del § 5° — *dell'appello delle sentenze pronunciate nei giudizi di spropriazione* (Vedi sopra) a dimostrare che in tale categoria si aveva a comprendere *la sentenza* che ammette o rigetta la opposizione al precetto. Non so se l'appellante volesse inferirne che quel giudizio ha la natura d'incidente (1). Ma certo aveva ragione di dire che *un precetto d'esecuzione immobiliare* (trascritto che sia) *inizia la spropriazione*. I suoi effetti lo dimostrano. Indarno la sentenza risponde che unico è il giudizio di spropriazione e mai non comincia dal precetto. Essa urtava nel fatto evidente e quindi senza profitto. Il giudizio è unico, ma ha il suo corso: è progressivo. Il carattere generale degli atti che lo riguardano, è quello appunto della spropriazione alla quale singolarmente, e secondo la lora natura, contribuiscono.

L'argomento dedotto dalla economia della redazione è sempre di buona lega nei casi dubbi. Sfortunatamente anche questo contrasta all'assunto della decisione. I canoni fondamentali della nostra interpretazione sono appunto inseriti nel titolo delle *Regole generali* come abbiamo già ricordato. Ma non dovevano inserirsi nel titolo delle *Regole generali sull'esecuzione* i postulati relativi all'appello. Come le sentenze sono i fatti terminativi del giudizio, e i rimedi contro di quella accordati, sono logicamente posteriori, così fu divisamento non censurabile della redazione di farne capi speciali alla conclusione del processo, e saria stato contro l'ordine naturale degli avvenimenti il mettere a fascio le disposizioni dell'appello colle regole generali della esecuzione (2).

La interpretazione che si assume intorno all'articolo 575 riguardante da facoltà della surrogazione di altro creditore a procedere in luogo di quello che non continua il processo da lui medesimo iniziato, ha una influenza così remota dalla questione attuale che se ne può prescindere, tanto più che grato all'illustre relatore di aver proposto questo aspetto della procedura, intendo di farne più avanti un'annotazione a parte. E passerò senz'altro a vedere come la sentenza abbia potuto liberarsi dalla obbiezione dell'articolo 569.

La esecuzione s'intende cominciata..... ri-

(1) Forse non nel rapporto di un giudizio principale preesistente, ma di quel complesso oggettivo che si chiama *esecuzione*.

(2) La sentenza fa pure oggetto di rimarco che nell'articolo 574, ove si stabilisce la regola che in siffatti giudizi non è accordata la opposiziona di contumacia, non siasi parlato dell'appello. Quello si dice, era il luogo! Ma non si è avvertito che lo stato di contumacia si verifica *nel corso del giudizio*, e l'appello è un fatto posteriore alla decisione del giudizio.

guardo agli immobili colla notificazione del precetto.

Qui, come osservai a principio, si è dovuto concedere ciò che si era sempre negato, e convenire che il precetto è un atto d'esecuzione. Sente l'egregio scrittore che può sembrare antinomia, contraddizione; e cerca di scolparne il legislatore, che per verità è stato sempre concorde con se stesso. Invece la contraddizione è nel suo proprio sistema, e non riuscendo a purgarsene, finisce col provare che noi abbiamo ragione.

Si attribuiscono al legislatore *due concetti sulla esecuzione;* esso deve averla considerata sotto *due diversi aspetti. Esecuzione generica* in tale senso, *nominale*, o *letterale*, o *di mero diritto — executio juris —* distinta *da quella speciale esecuzione mobiliare in stretto senso che noi chiamiamo forzata*, e qui si fa la scoperta che l'articolo 569 sopprime l'aggiunta *forzata*, e con proposito, si dice, mentre si trova scritta nell'articolo 562 (1). Secondo la quale veduta dell'illustre magistrato, l'articolo 562 farebbe proprio allusione alla esecuzione *speciale in stretto senso:* e il 569, a quella *generica*, ideale, astratta che chiameremo anche *nominale e di mero diritto.*

Adunque il Codice di procedura contiene due specie di esecuzione (cosa che ancora non si sapeva) una generica, ideale, e di mero diritto e un'altra vera e propria materiale reale, e cadente sui beni del debitore; in poche parole: *una esecuzione non forzata, e una esecuzione forzata!* Io credo che sia inutile domandare in qual parte del Codice di procedura si trovi la traccia della esecuzione della prima qualità. Vi sarà certamente qualche cosa che noi non sappiamo leggere nel Codice, perchè il *libro secondo* è interamente dedicato *alla esecuzione forzata ;* tale è il titolo con cui annunzia se stesso, e tutte corrispondono a quest'oggetto le numerose disposizioni che vi sono comprese.

Non sarebbe facile neppure formarsi un concetto preciso di una tale esecuzione impropria, in senso lato ed astratta, se la sentenza di Brescia non fosse compiacente di palesarcelo; ed ecco quale sarebbe. Il termine dato dalla sentenza per obbedire o eseguire il giudicato (V. sopra § II), o il termine di sospensione ottenuto dal condannato, sta in luogo del precetto (art. 565): *e in largo senso può dirsi che la esecuzione è incominciata.* È da credersi che appunto in largo senso favelli l'articolo 569; e così non abbia alcun senso, mentre in quella contemplazione di una esecuzione metaforica ideale e fuori del Codice, sarebbe come non scritta rispetto alla esecuzione forzata ed effettiva.

L'assegnazione di un termine dato dalla sentenza per adempiere al proprio comando ha così poco il carattere di una esecuzione, o in lato o in ristretto significato, che *il termine fa parte della stessa sentenza*, laddove la esecuzione è necessariamente un fatto diverso dalla sentenza o posteriore alla sua pronuncia. Quanto più si estenderà l'ideale di cosiffatta esecuzione virtuale o implicita, tanto meno potrà raggiungersi un concetto definibile e di un qualche valore pratico. Il termine assegnato dalla sentenza potrà bensì scusare il precetto come ultroneo, essendo il condannato avvertito dalla stessa sentenza, e favorito insieme di quel congruo tempo che gli avrebbe accordato il precetto. Così provvede in fatti l'art. 565, colle cautele in esso enunciate. Osservo di passaggio che il precetto è sempre necessario per riguardo alle esecuzioni sugl'immobili, volendosi conseguire i vantaggi che derivano dalla trascrizione. Ma se la esecuzione in certi casi (e questo non è il solo) può farsi senza premettere il precetto, ciò non significa che la esecuzione sia implicita e *in ventre* della sentenza. È insomma una idea nuova che non regge all'analisi. E poi, che andiamo noi dicendo di sentenza eseguibile *senza formalità di precetto*, se l'articolo 569 parla espressamente del precetto e del rapporto ch'esso ha colla esecuzione? E la esecuzione cui accenna l'articolo 596, per le cose dimostrate, non è altro che la esecuzione contemplata dal Codice di procedura: *la esecuzione forzata.*

Del resto la ingegnosa distinzione della sentenza non può variare i termini della nostra questione. O si consideri il precetto come preambolo della esecuzione, o come principio

(1) Chi dettò l'articolo 569 poteva mai prevedere che un giorno la sua omissione sarebbe stata sorpresa da giureconsulti ingegnosi per farne il nucleo di una teoria alla quale certamente il legislatore non aveva mai pensato? *La esecuzione s'intende cominciata*..., ha detto nell'articolo 569. Ma avrebbe dovuto dire — *La esecuzione* FORZATA *s'intende cominciata*..., lo ha pur detto nell'art. 564; perchè non ripetere la stessa parola? Ma la epigrafe complessa del Titolo I non canta forse — *Regole generali* SULLA ESECUZIONE FORZATA? Non si parla sempre *dell'esecuzione forzata* e in ogni parte di quel Titolo e in tutta l'ampiezza del Libro II? Che bisogno aveva il redattore della legge di ripetere anche una volta quel predicato?

della stessa esecuzione (come nella immobiliare) le controversie che nascono intorno al precetto, materia del giudizio di opposizione, sono sempre *controversie relative alla esecuzione*, e ciò basta ande sì per la forma del procedimento (articolo 593) che per quella dell'appello (articola 656, 703) abbiano a seguirsi la regole cha al processo esecutivo sono statuite.

V.

Dei casi in cui il giudizio di opposizione al precetto assume il carattere di un vero giudizio di merito.

Non aggiungerò che poche cose a quelle che ho dettate sull'articolo 570. Nota 5ª. Si considerano fra i titoli esecutivi — *gli atti contrattuali ricevuti da notaro* o *da altri pubblici uffiziali destinati a riceverli*. Notificata *la copia in forma esecutiva* (articolo 556) si fa luogo per atto separato alla notificazione del precetto. L'intimato può fare opposizione, ed è chiaro che la materia della opposizione viene ad essere molto più estesa di quella che è possibile qualvolta il titolo esecutivo, anzichè un atta contrattuale, fosse una regiudicata. Le questioni del diritto sono decise; la condanna è pronunziata. La opposizione al precetto, non potendo rinnovare la discussione di merito, è limitata a combattere la eseguibilità della sentenza, la forma del precetto; a provare i pagamenti e ad altre eccezioni che hanno vita da fatti posteriori alla decisione a da essa indipendenti. Questa considerazione, del resto assai volgare, mostra quanto siasi esagerata la importanza del giudizio di opposizione all'effetto di farne una lite sostanziale e quasi *un bis in idem*, a concluderne che l'appello presenta un interesse così notevole come in qualunque altra causa. Quindi si è entrata francamente in quella parte dell'articolo 570 che riguarda la esecuzione *degli atti contrattuali*, per trarne argomenti applicabili a tutti i casi, senza distinguere se la lite della opposizione abbia abitudine di risalire sina al titolo e farne oggetto della contestazione, a il titolo essendo ineccepibile, la opposizione debba restringersi ai fatti relativi alla esecuzione.

L'articolo 570, come abbiamo osservato nel commento, apre la realtà o può aprire un vero e sostanziale giudizio di merito. La questione può cadere *sulla esistenza, sulla entità e sulla interpretazione della obbligazione*, giusta i termini espressi dalla legge, ossia su tutta la materia del diritto. Così il titolo medesimo della obbligazione può venire in disputa, ed involto nella contestazione, perdere tutta la sua forza esecutiva. Con tale previdenza, la legge ha dovuto occuparsi della competenza che, tolta in realtà al giudice della esecuzione, è consegnata a quel magistrato al quale organicamente appartiene non solo per ragione di valore, ma altresì di materia. Quindi è uscita fuori la conseguenza del tribunale di commercio relativamente alla materia di sua ragione.

In ordine al proprio scopo, l'azione del precetto in sostanza non diversifica: il precetto è sempre il preavviso e la ingiunzione di pagare colla comminatoria della esecuzione; e se l'intimato non oppone, mantiene perfettamente la sua virtù esecutiva, abilitando cioè il creditore alla esecuzione reale. Vero è che quando vi abbia opposizione, e ne sorga una questione di merito, in realtà la lite incomincia e deve proseguire come ogni altra, col metodo e lo sviluppo che è necessario; e iniziatrice di questa lite è la citazione stessa che rappresenta la formale opposizione al precetto. È allora cho l'opponente deve scegliere il suo tribunale conformemente alla legge. Che avviene del precetto? Rimane forse esautorato di ogni efficacia?

Dichiara l'articola 580 che la opposizione al precetto *non sospende la esecuzione*, se non si adempia a quanto dispone nella seconda sua parte. Ciò dunque avrà luogo. Ma più tardi la questione della esecuzione potrà esser ravvolta nel merito che resterà il giudizio dominante; il titolo stesso potrà essere assaltato, e in ogni modo saranno eccedute le proporzioni di un giudizio meramente esecutivo. Ed è qui che si sente tutta la opportunità di quelle considerazioni sull'appello che male venivano invocate là dove esistendo una regiudicata, il giudizio si rimane entro la cerchia della esecuzione. Questo limite è oltrepassato. Malgrado la presunzione di verità che segue l'atto autentico, la legge non poteva nè doveva attribuirgli la importanza di una regiudicata sino a renderlo incensurabile. Se insomma la opposizione suscita un vero e grave giudizio di merito, deve godersi in tutta la sua pienezza del rimedio appellatorio che generalmente è concesso.

A non smarrirci, perchè almeno si abbia un sistema, si distingua se *il titolo esecutivo sia un giudicato, o un titolo contrattuale; o se il titolo contrattuale sia incontestato*; nei quali casi la opposizione al precetto non è che una disputa sulla esecuzione. *Se il titolo è contrattuale, se viene contestato*, il giudizio sostan-

ziale e di merito dovendo a sua volta esser deciso da una sentenza, tale sentenza sarà appellabile col termine ordinario, poichè la questione subalterna e consequenziale della esecuzione viene assorbita e travolta in quella del merito.

Questa distinzione è stata messa in rilievo da una sentenza della corte d'appello di Napoli del 25 gennaio 1869 (Bettini-Ginriati, 1869, part. I, pag. 45). Nel 1867 *U.* fece precetto a *B.* di pagargli L. 5600; credito derivante da pubblico istrumento. *B.* oppose ed attaccò il titolo come finto e simulato, portando a prova una controdichiarazione. Venuto alla corte d'appello di considerare la natura di questo giudizio, giustamente osservò, che essendo il precetto in fatto di esecuzione immobiliare un vero atto di esecuzione, per questo rispetto dovrebbe trattarsi di questione esecutiva « ma è pur d'uopo ritenere, aggiunse, « se la opposizione ad esso possa riguardarlo « direttamente, *cioè nella forma sua come atto « esecutivo*, o *riguardare invece il titolo in cui « esso si fonda*, e per meglio dire il valor giu« ridico, la forza di tale titolo ». È bene contrassegnata la differenza, la corte fece opportuno richiamo all'articolo 570, e trovò che in essa era scolpita e concluse: « Adunque la con« troversia sulla forza esecutiva ed il valore « del titolo, di per sè rimane, salvo espressa « eccezione, nell'orbita *delle regole ordinarie* « del procedimento ». Non aggiungerò altri esempi; ma osserverò soltanto, che la discrepanza dei responsi della giurisprudenza in questa materia appare maggiore ove non si ponga attenzione alla specie del fatto; non poche di quelle decisioni che si credono avverse alla tesi che noi sosteniamo, sono in realtà concordi, perchè hanno tratto alla questione del Titolo stesso esecutivo nei casi in cui può esser soggetto di controversia, e precisamente del titolo contrattuale.

VI.

In quale stato del processo esecutivo possa farsi luogo alla surrogazione di altro creditore secondo l'articolo 575.

L'esame di questo punto di pratica giudiziaria si collega col soggetto della presente discussione sui *precetti esecutivi* in quanto deve osservarsi se, lanciato il precetto esecutivo e prima di esser entrati nel vivo della esecuzione, possa altro creditore essere surrogato in luogo del primo procedente. Ciò vale per noi come aggiunta e ampliazione a quello che abbiamo scritto intorno a quell'articolo.

Ci sia permesso intanto di raccogliere alcuni concetti ivi spiegati.

Abbiamo osservato il testo nella sua precisione letterale, distinguendo la esecuzione sui mobili o sugli immobili. Rispetto *alla esecuzione mobiliare*, vi sono creditori *associati alla esecuzione*, altri che *possono associarsi* a giudizio del magistrato. Sono associati al pegno mobiliare quelli che concorsero nell'apprensione coll'organo dell'ufficiale esecutore, e tuttavia devono chieder al giudice quello che potrebbe dirsi il possesso della procedura. Rispetto alla esecuzione immobiliare hanno qualità per essere surrogati i *creditori inscritti*. Noi crediamo che la disposizione sia razionale (Vedi il citato luogo del commento); ad ogni modo è disposizione positiva.

La sentenza della corte di Brescia che abbiamo esaminata, secondo l'ordine dei suoi raziocini, si è inoltrata anche su questo argomento imprimendovi una forte traccia (V. le considerazioni da noi compendiate al § IV). Nel suo tema di esecuzione immobiliare, nel suo proposito di ridurre il precetto ad un atto preparatorio staccandolo, per quanto potesse, dalla esecuzione, la sentenza nega al creditore iscritto facoltà di chiedere abilitazione a proseguire il procedimento sulla base soltanto del precetto e prima che sia corsa la istanza della vendita giusta l'articolo 662.

A questo luogo io propongo delle distinzioni. Comincio dalla esecuzione mobiliare; considero il precetto come preparatorio della esecuzione, sebbene abbia colla esecuzione quel rapporto che io segnalai nei luoghi superiori, agli effetti dell'appello e in seguito della opposizione (prego bene di tener separate codeste idee). Ma quando si tratta di surrogarsi ad una procedura esecutiva da altri istituita, *non basta il concetto di relazione*: è necessario che la esecuzione *abbia cominciato ad esistere*.

Io stabilisco questo criterio, che vi debba esser *qualche cosa di comune*, e un diritto acquisito agli altri creditori quantunque per fatto e opera di altro di essi. Il precetto nella esecuzione mobiliare è un fatto al tutto individuale e singolarissimo, che rimane sempre nel dominio del precettante; e che non portato più oltre, non determina verun'affezione sui beni del debitore. Un altro creditore, chirografario come lui, non potrà mai dire che quell'atto ha già partorito degli effetti utili a favor suo. Oltre di ciò la espressione del testo è decisiva. I creditori che possono incaricarsi di continuare la procedura sono quelli *che presero parte alla esecuzione*. Può essersi fatta da più creditori una esecuzione contemporanea

sui beni mobili del debitore; può farsi una oppignorazione successiva (articolo 598). Questo è *prender parte alla esecuzione:* e perciò si ha diritto di valersi della disposizione dell'articolo 575 (sulle cose non pignorate).

Anche in questo aspetto speciale si fa sentire la differenza fra il precetto che antecede la esecuzione mobiliare e quello che imprime sui beni immobili del debitore un vincolo di inalienabilità. La trascrizione e notificazione del precetto, quantunque sia l'opera singolare di un creditore per avventura semplice chirografario (1), estende il beneficio della sua operazione a favore di tutto il ceto ipotecario mediante il sequestro delle rendite e della stessa sostanza, e *agit rem utilem per tutti.* Ciò per altro non avviene a favore dei creditori chirografari, abbenchè creditore semplicemente chirografario possa essere il precettante, siccome ho detto (2). A proposito dei creditori inscritti sul fondo, si opera una effettiva comunicazione del pegno giudiziale per cui si rendono attivi ed entrano nella via del soddisfacimento quei diritti reali ch'essi già ritengono sull'immobile. Da ciò nasce, che solo chi abbia qualità di creditore inscritto, comunque non partecipante dell'atto primordiale della esecuzione, può riassumere per proprio interesse e per conto comune la procedura abbandonata da chi ne fu l'autore.

Ma dunque, appena trascritto e notificato il precetto potrà un qualunque creditore iscritto, a pretesto di negligenza, farsi avanti e soppiantare il creditore procedente? In termini più generali: in *quale stato della procedura potrà farsi l'istanza di continuazione?*

La risposta è meno nella natura esecutiva del precetto, che nella volontà della legge che autorizza il diritto della surrogazione, e deve desumersi dall'intendimento dell'articolo 575. Essendo già costituito il pegno giudiziario, astrattamente parlando, l'istanza per la vendita (articolo 662) può benissimo chiamarsi *una continuazione* della procedura esecutiva. Ma non è di qui che sorge la difficoltà, mentre non si tratta di stabilire in quale stadio della procedura si possa ammettere la surrogazione, ma piuttosto se il creditore procedente sia incorso nella decadenza. La redazione dell'articolo 575, come avvertii nel commento, è poco felice; anzi è concepita in modo che senza fare una certa forza alle parole, non potrebbe cavarsene un senso praticamente efficace. Se la dizione si fosse fermata al primo periodo — *quando il creditore trascura di continuare la procedura della esecuzione* — saria semplice l'inferirne che il giudizio della trascuranza, rimesso al criterio del magistrato, dipendeva dalla specialità delle circostanze. Ma si è voluto dire di più e specificare il caso della negligenza — *vi è negligenza quando il creditore non adempie una formalità o un atto di procedura nei termini stabiliti.* — Sembra da ciò che non vi sarebbe *negligenza,* malgrado un lungo abbandono della procedura, se non si verificasse insieme *la omissione di atti comandati dalla legge e da eseguirsi in un termine stabilito.* Ma ella sarebbe una perenzione procedurale affatto nuova, mentre si è sempre ritenuto che l abbandono e la trascuranza degli *atti anche facoltativi* dovrebbe produrre simile effetto. Vi ha di più il dare a condizione della continuazione della procedura per fatto di altro creditore, *lo inadempimento di formalità che la legge impone siano eseguite entro un termine stabilito:* potrebbe parere un controsenso ove si rifletta, che il non poter provvedere in tempo, ma il dovere aspettare il verificarsi di omissioni che potrebbero viziare il processo e tradurlo a nullità, sarebbe contrario allo scopo utile e benefico che la legge si propone e la sua disposizione sarebbe inutile. La legge dichiara che il precetto *diventa inefficace,* se in dato periodo di tempo non si procede nella esecuzione (articolo 566); se altri attende che questo termine sia passato, non troverà più la materia della continuazione, e dovrà ricominciare da capo.

Vi sono degli atti che *non possono farsi che dopo un certo termine,* ed altri *che si devono fare entro un termine stabilito.* Se io non mi inganno, è dei primi che si è inteso parlare, e mancò al redattore la espressione adatta. È del prim'ordine l'atto di citazione col quale si promuove la vendita secondo l'articolo 662. La legge non *ha stabilito un termine* di trenta giorni per fare la citazione, il che porterebbe la decadenza; ma ha prescritto invece che si lasci un comodo di 30 giorni al debitore, il qual termine non essendo decorso, la citazione sarebbe prematura. Evidentemente passato quel termine, e indugiando il primo creditore

(1) Mi propongo di scrivere più avanti una breve monografia sulla trascrizione del precetto ove proverò questa proposizione.

(2) Benchè i creditori chirografari, estranei all'esecuzione, siano indirettamente giovati dal sequestro giudiziale, che, accumulando più vantaggi a favore degli ipotecari, rendono anche ad essi più agevole il soddisfacimento. Ma ciò non è che una conseguenza che può anche non verificarsi.

diremo cho c'è negligenza, e altro creditore può domandare di essergli sostituito per continuar gli atti. Per il che sarà ovvio fissare la massima che il precetto, sebbene operatore di effetti utili a favore di tutti gl'inscritti, non dà motivo a surrogazione se non sia passato anche il termine dei trenta giorni, e qualche altro intervallo ad argomento della negligenza del creditore.

Ma la procedura esecutiva ha dei casi di perenzione, e allora è duro regolarsi con questa legge. Cessata la opposizione (nella esecuzione mobiliare), deve farsi in modo che la vendita abbia luogo entro 90 giorni, scorsi i quali *il pignoramento è perento di diritto* (articolo 581). Un simile disposto abbiamo nella procedura di spropriazione: « Se la istanza di « spropriazione è stata abbandonata *per lo « spazio di un anno*, cessano gli effetti accen- « nati nel primo capoverso di quest'articolo » (2085 del Codice civile). Questi sono termini *stabiliti dalla legge*, perentorii, inesorabili. Se aspettiamo che si verifichi l'*inadempimento*, noi accettiamo la perenzione. Perciò ho detto di sopra che la legge non può intendersi a questo modo senza distruggerla. Si ha dunque diritto di prevenire la crisi onde non siano irreparabilmente perduti tutti i vantaggi ottenuti colla trascrizione del precetto. Non si può credere che a reprimere l'altrui negligenza, la legge desideri una negligenza anche maggiore.

Noterò nell'aggiunta successiva la importante modificazione che qui si arreca alla regola dell'articolo 566. Solamente senza uscire dall'argomento che riguarda l'applicazione dell'articolo 575, dico che un certo temperamento si presenterà al senno del giudice. Innegabile per lo spirito di questa disposizione, che una negligenza notevole per parte del creditore procedente dee verificarsi; se il creditore procedente ha lasciato passare i 180 giorni *senza procedere agli atti d'esecuzione*, ha già dato un buon saggio della sua infingardaggine o del suo voler favorire il debitore, e mi pare che basti poichè se dovesse scorrer l'anno, il pegno giudiziale è sciolto di diritto. Ed è anche troppo, dacchè ogni creditore iscritto può domandare di essergli surrogato se passati i 30 giorni ponga indugi alla citazione della vendita, come si è già osservato. Ma ciò è proprio e peculiare della esecuzione immobiliare. Quanto alla mobiliare avvisai che il precetto, come atto individuale e non produttivo di effetti comuni, *non ha seguito*, non porge addentellato alla continuazione di altro creditore. Ma il pignoramento stesso, lasciato giacere per 90 giorni, perisce.

E non farci che ripetermi dimostrando che altri creditori nelle condizioni dell'articolo 575 possono esser surrogati all'effetto della continuazione, senza aspettare che suoni il termine fatale dei 90 giorni.

Mi duole di dover ritornare sulla mia critica noiosa, ma sono corollari che io debbo raccogliere.

La corte di Brescia ha insegnato, non potersi fare la istanza permessa dall'articolo 575 se non *dopo la citazione* con cui, giusta l'articolo 662, si promuove la vendita degl'immobili, stando nella sua idea fissa che il precetto non è un atto di esecuzione; che la esecuzione immobiliare non comincia già dalla notificazione del precetto, come dichiara l'articolo 596, ma dalla citazione della vendita. Noi abbiamo dimostrato che tutto questo è errore. È *assolutamente impossibile*, si dice, *perchè sarebbe surrogazione ad istanza che non esiste* (Veramente l'articolo 575 non parla nè punto nè poco d'*istanza*, ma solo della *procedura d'esecuzione* cominciata e trascurata; e non si è surrogati in una istanza che anche esistendo sarebbe stata abbandonata, ma piuttosto *nel l'esercizio processuale* onde recare a termine la spropriazione.

Il precetto in ordine alla esecuzione immobiliare è pur esso atto di esecuzione, come abbiam detto tante volte esaminando la natura di questo atto per gli affari dell'appellazione. Ma dicemmo non bastare agli affari della surrogazione. *La materia della continuazione* c'è, fu pure osservato, ma il diritto impartito dall'articolo 575 ha delle condizioni. Prescindendo da ciò che il debitore nel termine dei 30 giorni potrebbe soddisfare il debito, e così liberare il pegno, la legge ha voluto cogliere il creditore procedente in flagrante negligenza per aver omessi certi atti che se non era realmente obbligato a fare, non può esimersi però dalla nota di negligenza per non averli fatti. Con quest'analisi siamo giunti a vedere, che per aver trascurata la citazione della vendita, ha dato facoltà a qualunque altro creditore iscritto di prender il suo luogo e di spogliarlo dell'esercizio della procedura. Ora si vorrebbe potersi bensì spogliare di codesto esercizio se sia stato diligente nel promuovere la vendita; ma non se sia stato negligente nel non promuovere la vendita: tanto una falsa idea ci trae agli assurdi! Così il dominio della procedura resterebbe assoluto nel primo creditore, contro quello che viene stabilito nell'art. 575, imperocchè essendo in sua facoltà di non citare anche dopo i 30 giorni, e niuno dei creditori iscritti potendo in tale stato di cose ri-

chiamare a sè la procedura come si sostiene, ne verrebbe che in realtà il primo creditore potrebbe disfarla a suo talento, senza che altri vi potesse portar rimedio.

Ma scorsi i 30 giorni, ogni altro creditore può iniziare egli medesimo la procedura inviando a proprio conto un precetto! Ogni creditore, ipotecario o no, che possiede un titolo esecutivo ed eseguibile, può bene iniziare la procedura a conto proprio colla spedizione di un precetto: è nel suo diritto. Ma in primo luogo si avverta, che il diritto di surrogazione è più ampio di quello della esecuzione diretta, poichè questa non può esercitarsi che nel possesso di un titolo esecutivo, abile a tale effetto (1), laddove la surrogazione si concede eziandio al creditore che, iscritto sul fondo, non possa disporre di un titolo esecutivo o perchè il credito non sia ancora scaduto, o per altra causa. Rispondo poi più direttamente, che *la questione rimane sempre la stessa*. Rimane la stessa, giacchè quand'anche un altro creditore notifichi un precetto esecutivo e se ne faccia annotamento di trascrizione nell'ufficio delle ipoteche, dovrà rispettare la procedura che trova in corso, nè gli è lecito, come vuole la sentenza di Brescia, di continuar gli atti di suo arbitrio se il creditore procedente non ha fatta istanza per la vendita; ma dovrà sempre chiedere al tribunale per surrogazione la facoltà di proseguirli, giusta il disposto dell'articolo 575.

—

Avrei detto abbastanza, ma, scritte queste parole, m'incontro con quelle assai più sapienti del Pescatore, che ai num. 4 e 5 del *Giornale delle Leggi* (anno 1871) propugna la tesi medesima (2). Un tale alleato, nel momento in cui si augura vittoria definitiva ad una interpretazione che è costretta a lottare con tante difficoltà, è un aumento di forze troppo prezioso perchè non si abbia a salutarne l'arrivo con sentimento di raddoppiata convinzione.

Ricorderò alcune delle idee principali, non senza qualche richiamo alle cose da me esposte.

Si esamina in primo luogo se l'appello dalle sentenze che si pronunciano sulla opposizione al precetto nei giudizi di spropriazione, sia o no soggetto al termine eccezionale dell'articolo 703; e si fanno i due casi. O la opposizione versa sui fatti che si riferiscono alla esecuzione; o assume una questione di merito. Nella prima ipotesi non può trattarsi che dell'appello eccezionale; imperocchè, colla trascrizione e notificazione del precetto, il giudizio di spropriazione è cominciato ed esiste. Nella seconda ipotesi, la questione portandosi sul campo *an debeatur*, istaura un giudizio principale, ordinario, e reclama l'ampia libertà dei termini comuni (3).

E ritenendo io pure questa divisione, ho avvertito che la varia maniera della opposizione e il suo diritto non dipende esclusivamente dal volere dell'opponente, a cui è fatta una condizione giudiziaria ch'egli non può mutare. Se l'attore procede in virtù di una sentenza, non potendo la opposizione tornare sulle disputazioni decise, si trova necessariamente circoscritta dalla cosa giudicata, e non ha innanzi a sè che la materia esecutiva, o quell'ordine di fatti posteriori pei quali il debito si sarebbe modificato, o avrebbe cessato di esistere. I quali fatti provando più o meno l'adempimento del giudicato, non oltrepassano la sfera d'una controversia sulla esecuzione. Altro è se il titolo, in forza di cui si procede, essendo contrattuale, lascia aperta la discussione sulla virtù giuridica di esso e sul diritto. Se la opposizione si mette per questa via, acquista la importanza che hanno i rimedi dello stesso genere (4): è il punto per cui si deve passare, ma infine vi porta sul terreno della libera discussione, e in pieno giudizio di merito. Ma l'intimato che forse non è in buone gambe per andare sì avanti, può limitare la sua difesa ai fatti della esecuzione, e allora, scegliendo il proprio campo, si assoggetta a quelle leggi speciali che regolano questa parte del diritto giudiziario.

Nella seconda parte del suo lavoro il Pescatore ragiona della essenza del precetto nel riguardo della esecuzione mobiliare. L'illustre autore della *Logica del diritto* non è paziente di quei ciechi giudizi dell'empirismo

(1) Credito liquido, certo; che la sentenza non sia sospesa da appellazione, ecc.

(2) Il *Giornale delle leggi*, del quale è proprietario e direttore l'avv. Bernardo Cassini, che si è reso assai benemerito della giurisprudenza, va acquistando una ben dovuta rinomanza per la scelta dei temi giuridici che discute e per la fama dei suoi collaboratori, quali sono un Pescatore, un Carrara, un Vidari, un Paoli, un Pacifici-Mazzoni, ecc.

(3) Distinzione illuminata dalla sentenza della corte suprema di Torino, 21 dicembre 1870 (Causa Belloro-Bono).

(4) La opposizione che si fa alla sentenza contumaciale; quella ad una sentenza di fallimento, e via discorrendo, non è altro che l'apertura del giudizio di merito già risolto, si direbbe, economicamente e senza contraddittorio.

che nei casi incerti vanno come a zonzo senza lume di principii. Egli richiama i propri insegnamenti. Indi scendendo a trattare della natura del precetto per quanto concerne la esecuzione sui beni mobili, e se dalla intimazione di esso, o piuttosto dal pignoramento, muove la esecuzione, dice che « *in senso ristretto* la « esecuzione reale sui mobili non ha principio « che dal pignoramento effettivo ». Ma *in senso più lato* il precetto esecutivo è certamente il primo atto della serie degli atti d'esecuzione, e in tal senso « il processo esecutivo mobiliare « incomincia anch'esso dal precetto di paga- « mento ». Fra due sensi egualmente fondati di una legge ambigua, quale dovrà prevalere? Il *senso lato*, secondo l'autore, condurrebbe all'appellazione ordinaria, poichè nell'ambiguità deve prevalere la norma del diritto comune; ma indi si fa a distinguere fra la opposizione al precetto *per vizio di forma*, osservando non essere sospensiva della esecuzione; e quella che si estende *alla esistenza* o *entità del credito* che diventa questione principale, onde « risorge il diritto comune delle appellazioni ».

Sono lieto di vedere così confermata la mia dottrina. Io pure osservai che il precetto esecutivo può essere considerato come l'ingresso della esecuzione mobiliare *non nella realtà*, ma nell'ufficio e nello scopo; e la opposizione eccitando questioni relative alla esecuzione, è contemplata nell'ordinamento speciale dell'articolo 656. Per me non v'ha ambiguità nel dettato dell'articolo 569, e non vi hanno due sensi in questa legge; ma fuori di essa, dalla natura delle cose e da regole scritte, deduco quel canone di ragione e ne traggo le conseguenze. Convenni anche nell'altro aspetto che la opposizione assume nel generale disposto dell'articolo 570. Ma io ritengo che non solo le eccezioni di forma, ma eziandio quelle di sostanza opponibili di fronte a un giudicato eseguibile, non siano che controversie di esecuzione; perchè io non ammetto (come non si ammette, io credo, dal prof. Pescatore) che si possa rinnovare la questione *sulla esistenza, sulla entità* o *sulla interpretazione della obbligazione* (articolo 570), imperocchè il rimedio della opposizione (che generalmente e non in tutti i casi si concede) non è, non può essere, la negazione della cosa giudicata. Debbo ancora rettificare la frase: *esistenza* o *entità del credito*, che sono cose assai distinte: e infatti l'articolo 570 non parla dell'*entità del credito*. Anche la opposizione diretta a declinare l'esecuzione di un giudicato, ha abilità di sollevare la eccezione del pagamento, ma ciò non implicando la cognizione del titolo, e il riesame della obbligazione, è materia che si rimane entro i cancelli della questione esecutiva.

È benissimo detto che « la definizione acqui- « sta valore di una regola generale, benchè « enunciata all'occasione di un caso partico- « lare », ove si dichiara che l'esecuzione s'intende cominciata riguardo all'esecuzione sugli immobili colla notificazione del precetto già trascritto. In riguardo ai mobili « il processo « esecutivo si debbe intender incominciato ora « colla intimazione ai precetto, ora col solo « pignoramento, prevalendo sempre nella di- « versità delle applicazioni quello dei due si- « gnificati che mantiene, nel caso dubbio, la « applicazione del diritto comune ». Così a tenore del diritto comune alla morte del debitore, la citazione dovrà rinnovarsi e riassumersi la istanza (articolo 332). Lo stesso articolo 569 conduce a questa conclusione, mentre altro è che *la esecuzione non debba rinnovarsi*, ed altro è che *non debba rinnovarsi la citazione*, nel caso dell'articolo 332 (1).

Del termine entro il quale si può proporre opposizione al precetto esecutivo in ordine ai beni mobili.

Per quanto riguarda il precetto esecutivo in ordine agl'immobili, la legge ha parlato. Deve proporsi nel termine di giorni trenta dalla notificazione del precetto (art. 660). Quanto al precetto che ha in mira la esecuzione sui mobili, la legge tace (art. 579). Il precetto contiene il termine assegnato al pagamento, e non è che di cinque giorni. Oltrecciò si dichiara che la opposizione al precetto non sospende la esecuzione. L'articolo 660 spiega chiaramente che il termine dei trenta giorni non è perentorio: che la opposizione può elevarsi anche passati i trenta giorni, ma in tal caso non ha virtù di sospendere la esecuzione. Riguardo

(1) I concetti che l'illustre magistrato ha espressi nella indicata monografia sono quelli che la corte suprema di Torino promulgò nella sua decisione 21 dicembre 1870 (*Monitore dei Tribunali*, anno XII, pag. 104).

alla esecuzione mobiliare, come non si parla del termine a far opposizione, così non si accenna a prolungamento di termine. Ecco le principali differenze che si riscontrano fra codeste disposizioni.

Esse derivano dalla diversa natura dell'oggetto materiale sul quale cade la esecuzione; ma dove la differenza della modalità non è segnalata da quella dell'oggetto, l'indole dello istituto non può essere disforme. Se nei casi dubbi dobbiamo tenerci « alle disposizioni che « reggono casi simili o materie analoghe » (articolo 3, Disposizioni preliminari del Codice civile), noi potremo togliere francamente il concetto da fatti legislativi dello stesso ordine. È da aversi comune il principio che *termine perentorio a promuovere la opposizione non è stabilito* nè quanto all'una, nè quanto all'altra specie di esecuzione. Essendo sospensivo il termine dei trenta giorni rispetto alla esecuzione immobiliare, e non quello dei cinque giorni rispetto alla mobiliare, il debitore è incalzato da maggiore necessità di affrettare la opposizione. Contuttociò non perde il diritto non promuovendola nel cinque giorni.

Da quale momento della procedura deve cessare questa facoltà? Di ciò discorrendo nelle mie osservazioni sull'art. 660 (in fine), mi parve di determinare questo punto estremo nella sentenza di vendita che chiude definitivamente un periodo della procedura esecutiva, e ne comincia un altro.

Dell'oggetto del giudizio di opposizione al precetto per l'applicazione dei principii riguardanti la cosa giudicata.

Se dichiarando espressamente il Titolo contrattuale che passato un certo tempo assegnato al pagamento degli interessi, si abbia diritto a ripetere il capitale, il creditore abbia la via parata alla esecuzione.

(Da una decisione della corte di Brescia del 30 giugno 1869. *Monitore dei Tribunali*, anno 1869, part. II, pag. 807). Dalla seconda edizione.

È necessario l'esempio per venire tosto in chiaro del proposto quesito.

A., prestando una somma a *B.*, stipula il patto della restituzione qualora entro un certo termine non si pagassero gl'interessi, e non si consegnassero i documenti giustificativi della libertà del fondo sottoposto ad ipoteca.

Il creditore è nella opinione che *B.* abbia mancato all'una e all'altra condizione; e gli intima precetto di pagare la somma del capitale e degl'interessi colla comminatoria della *esecuzione sui beni mobili.*

Più tardi spedisce un altro precetto ripetendo i motivi, ripetendo le somme che gli dovranno esser pagate, ecc., colla comminatoria della esecuzione *sui beni immobili.*

Come i luoghi ove l'esecuzione doveva consumarsi erano diversi, la opposizione che il debitore fece ad amendue i precetti successivamente, fu portata avanti diversi tribunali. E amendue, in prima istanza, vennero annullati. Appello. Una corte revocò la sentenza, e dichiarò valido il primo precetto. Portata ad altra corte d'appello l'altra sentenza, sorse la questione della opponibilità della cosa giudicata.

Presa a scorta la disposizione dell'art. 1351 del Codice civile, due dei tre requisiti — *la domanda fondata sulla medesima causa* — e la coesistenza delle medesime parti — erano incontestati. Questione se identica fosse la *cosa domandata;* il che non ammise la corte che ebbe a giudicarne.

Qual è mai la *cosa domandata*, ossia l'oggetto del giudizio nella contestazione di cui abbiamo divisata la specialità? L'onorevole corte, di cui parlo, trova che l'*oggetto* (la cosa domandata) sarebbe la esecuzione alla quale, come a proprio fine, appetisce e aspira il precetto; e l'uno alla esecuzione mobiliare, e l'altro alla immobiliare mirando, ne segue che la cosa domandata fosse diversa.

Ma io temo che la questione non sia posta nei veri suoi termini, e che ci sia errore. Il precetto è semplicemente il motivo della opposizione; ma è dalla opposizione che si suscita la lite, e sulla lite suscitata dalla opposizione nacque la sentenza. Cosa vuole l'opposizione? Che si giudichi non avere il creditore un titolo eseguibile, non essendosi verificati quei fatti d'inadempimento che darebbero luogo alla risoluzione del contratto. Infatti si sosteneva che un pagamento era stato eseguito, che i documenti erano stati o esibiti o consegnati. La corte che aveva già reso il suo giudizio, ritenne tali eccezioni insussistenti. Le stesse eccezioni si riproducevano nel secondo giudizio. L'oggetto unico della opposizione fu sempre

quello: *la insussistenza di un titolo eseguibile:* in altre parole, *respingere la esecuzione in qualunque forma venisse minacciata.* Se una tale istanza non poteva sostenersi, tutto era perduto: il creditore poteva colpire tutti i beni del debitore.

La seconda corte, come io penso, errò confondendo i modi di effettuazione colla causa giuridica della quale soltanto disputavasi, ossia *coll'oggetto dell'opposizione.* E questa, convien ripeterlo, forniva la materia del giudicare, la quale poteva anche cadere sulla specie stessa della esecuzione; nel qual caso la differenza dell'oggetto avrebbe potuto trovare il più solido appoggio. Se in codesta relazione l'uno e l'altro precetto fosse stato singolarmente combattuto, secondo la varia loro indole e il differente loro scopo, segnalandosi, a cagion d'esempio, difetti nel precetto relativo alla esecuzione immobiliare che privato lo avessero di legittima efficacia, in verità l'oggetto della contesa saria stato diverso e moltiplice, e non avrebbe potuto metter radice la eccezione della cosa giudicata. Ad ogni modo l'oggetto della lite sarebbesi rilevato dalla opposizione; e così una volta deciso che il creditore ha diritto di mandare ad esecuzione il suo titolo non reggendo le opposte eccezioni, non si può con altra sentenza contraddire alla cosa giudicata, e proclamare per gli stessi motivi che altre volte vennero rigettati, che il titolo non è eseguibile.

Retta e plausibile fu la soluzione in massima dell'altro quesito. Il titolo contrattuale, spedito in forma regolare, avendo in se stesso la virtù esecutiva, non è necessario di richiederla preventivamente al magistrato. Nè si dica che la parte stessa si fa giudice del proprio diritto. La legge ha conferito all'atto pubblico un principio d'autorità onde s'impari a rispettare quello che in sì solenne guisa si è stabilito. Ma vi ha posto di fronte il rimedio della opposizione che debilita la facoltà esecutiva in ordine al pegno mobiliare, e la inabilita in ordine al pegno immobiliare, se in tempo esercitato. Anzi la trasforma in un giudizio di merito secondo l'articolo 570, come più volte si è osservato. Quindi giusta è la differenza fra la risoluzione implicita e sottintesa dell'articolo 1165 del Codice civile, e la risoluzione espressamente stipulata (1), poichè nel primo caso è necessaria la dichiarazione del magistrato.

CAPO II.

DEI BENI MOBILI CHE POSSONO ESSERE PIGNORATI.

Articolo 583.

Il pignoramento può estendersi a tutti i mobili del debitore che si trovano presso lui o presso terzi, e alle somme al medesimo dovute, salvo le eccezioni stabilite negli articoli seguenti.

Annotazioni.

1. *Che non si può trattare delle necessarie distinzioni delle materie soggette ad esecuzione senza risalire ai principii generali per cui si determina la divisione delle cose.*

In effetto dentro questa divisione che il Codice di procedura disegna allo scopo di discernere i modi della esecuzione mobiliare ed immobiliare, si ripercuote quella che il Codice civile ha dovuto stabilire in principio, di *beni immobili* e di *beni mobili*, nelle quali due grandi categorie *tutte le cose* si contengono. La legge civile considera le cose in quanto sono *beni*, in quanto cioè fanno parte del nostro patrimonio e della nostra fortuna economica; e così con-

(1) È nota la estensione che la pratica dei giudizi diede alla Leg. *Si contend.*, Dig. de fidejuss, che nei concisi suoi termini rivelava un vero bisogno sociale; non mai la opposizione fu così compiutamente organata come ora, benchè parte e non tenue abbia mestieri di essere sussidiata dal ragionamento.

tinua a chiamarle con ben inteso rapporto il Codice di procedura.

Nel porre ben ferme e ben distinte le basi di tutta la materia giuridica, la legislazione ha un interesse capitale e sommo, poichè ne discendono applicazioni senza numero, e per esse acquistano carattere proprio infinite relazioni di diritto che per la loro natura, la quale potrebbe chiamarsi mista, hanno d'uopo di una direzione normale. Noi, studiando questo ramo della procedura, non vediamo che alcune peculiari applicazioni di quel sistema: versiamo in un campo limitato e speciale; sentiamo nonostante che in gran parte si deve dipendere da quella regola. È cosa evidente che per sapere se i beni che vogliamo forzatamente apprendere siano *mobili* o *immobili* per accomodarvi i veri metodi della procedura e conseguirne l'effetto, bisogna ai principii stabiliti dal Codice civile conformarsi.

L'antichissima distinzione di *cose corporali* e *incorporali* è stata, com'è noto, abbandonata dai codici moderni, trovando meglio osservarle immediatamente nel loro rapporto giuridico e nella corrispondenza col diritto civile, ossia come *oggetti di diritto*. Le definizioni di natura, a cui i legislatori romani si erano principalmente attenuti, hanno dovuto perciò consociarsi al sistema artificiale dell'uomo; onde conseguita che vi hanno cose naturalmente mobili che la legge dichiara immobili *per destinazione:* vi sono concetti della mente diretti essenzialmente ad un oggetto di diritto; diritti incorporali che la legge caratterizza da questo medesimo oggetto, e li rassegna nella categoria dei beni immobili o dei beni mobili. L'articolo 413 dei Codice civile dichiara *quali sono gl'immobili per l'oggetto a cui si riferiscono;* fra i quali i diritti e le azioni, il cui fine è l'acquisto di una cosa immobile. Anche i *beni mobili* sono tali o per natura o per costituzione della legge civile. Questi ultimi non sono pur essi che meri diritti, aspirazioni ad un oggetto materiale ed economico, *determinati per l'oggetto.* L'articolo 418 ne fa la parafrasi più completa.

Quantunque in questo luogo il nostro tema si restringa al mobili come oggetto di esecuzione, la inevitabile relazione delle cose ci costringe a parlare anche degli immobili, e ad anticipare qualche osservazione.

2. *Delle vie proprie e particolari della procedura.*

La procedura ci mostra il diritto nella sua per così dire palpabile realtà, nella sua azione concreta. Quei diritti che la legge civile mira di lontano e in larghe ipotesi definisce, qui si toccano; qui si assiste alla imperativa e forzata loro realizzazione, ed è chiaro per ognuno che regole proprie e peculiari, che sorgono appunto nel campo della procedura, dovranno presiedere a questa ultima fase, a questa consumazione del diritto nella realtà che è il suo termine.

Tutto ciò che appartiene al nostro patrimonio è pignorabile « Chiunque sia obbligato « personalmente, è tenuto adempiere le con- « tratte obbligazioni con tutti i suoi beni mo « bili ed immobili, presenti e futuri ». Questo memorabile avviso è scritto nell'articolo 1948 del Codice civile, e conferma che niuna cosa che sia mercantabile e appartenga al debitore, sfugge al pegno giudiziale del creditore.

Intanto l'articolo 583 ci spiega il triplice aspetto della esecuzione mobiliare. Essa cade o può cadere: 1° *su tutti i mobili che si trovano presso il debitore;* 2° *su quelli che si trovano di sua ragione presso terzi;* 3° *sulle somme a lui stesso dovute.*

I *mobili* di cui si parla in questo articolo che introduce alla esecuzione sui *beni mobili*, sono letteralmente quelli definiti dall'art. 417 del Codice civile. Una grande, e, si direbbe, una enorme limitazione al naturale senso di questa voce è portata dall'art. 422 dello stesso Codice, che seguendo la usanza del parlar comune, in fatto di convenzioni, ma più ancora in fatto di disposizioni d'ultima volontà, restringe *ad minus obligandum* il significato del vocabolo, e peggio per coloro che non seppero meglio spiegarsi. Lungi però dal nostro articolo la restrizione del suddetto articolo 422; il suo limite è invece e solo nel seguente articolo 585. La legge sembra averlo voluto dire con quella clausola d'universalità: *tutti i mobili.* Inoltre nel ripetuto art. 424 si ha quanto basta per argomentare alla significazione ordinaria e generale del vocabolo *mobili*. Ed è che il nome *mobili* nel nostro caso si usurpa *in contrapposto agli immobili*, che sono materia dell'altro e speciale procedimento esecutivo.

Di ciò siamo chiari quando si tratta dei mobili per natura; ciò sono « i corpi che pos- « sono trasportarsi da un luogo ad un altro, o « si muovano per forza propria come gli ani- « mali, o vengano mossi da forza esteriore, « come le cose inanimate, ancorchè tali cose « formino collezione od oggetto di commercio » (articolo 417 del Codice civile). Ma lasciando ora il parlare dei mobili o crediti pignorabili presso terzi, dei quali si dirà a suo luogo, vediamo:

3. *Se, oltrechè sui mobili propriamente detti,*

sia ammesso il diritto di esecuzione sulle azioni mobiliari; e quali siano queste azioni.

Neppur questa nozione è mestieri domandare alla scienza, ce la porge accurata e precisa l'articolo 418 del Codice civile. Esso accenna ad elementi ben rilevanti della privata e pubblica fortuna; i quali sono altrettante proprietà, altrettanti diritti di maggiore o minore importanza economica, e valore (1).

Nel supposto pertanto che i diritti e le azioni, genericamente parlando, siano materia di pegno giudiziale, noi dovremo vedere se quelle che ci giova apprendere, siano di questo carattere e natura, voglio dire se considerate fra i beni mobili o non piuttosto appartengano alla categoria dell'articolo 415 (Codice civile), ove i diritti ed azioni sono qualificati immobili.

È facile però a scorgere, che il contenuto dell'articolo 418 avanza di gran lunga quello che mai volesse attribuirsi al regolamento esecutivo che la procedura propone; e dev'esser così, poichè, quantunque sia incontestabile che ogni diritto di qualsivoglia carattere e forma pertinente al debitore, può essere al creditore materia di pegno, tuttavia le strade che conducono a questo risultato sono diverse. La principale distinzione *cade sullo stato del diritto* che il creditore intendo perseguitare per le proprie indennità. Il diritto, che si trova più o meno *in condizione d'attualità*, è colpito dal creditore o nella sua forma materiale in mano del debitore (mobili) o in mano del terzo debitore di lui, col sequestro. Ma ci sono dei diritti che si attengono con più debole vincolo al patrimonio del debitore; e meglio si nominano *azioni*, col quale vocabolo si rappresenta ogni più remota aspirazione ad un oggetto di diritto, sostenuta certamente da ragione, ma da ragione tante volte contestabile e dubbia. Per simili contingenze la procedura non può formolare rimedi e vie di soddisfacimento, mentre la realtà giuridica di cui si va in traccia, e che solo può formare materia effettiva di pignoramento, o dipende da eventualità che sospendono l'apprensione di codesti diritti, quale condizione di loro esistenza; o ravvolti in gravi contestazioni, aspettano dalla giustizia una dichiarazione, una consacrazione, onde possano diventare esigibili, e quindi materia di esecuzione. Senza di ciò, per quanto il creditore di colui che possiede l'azione si sforzasse di vincolarne l'effetto nelle mani del supposto debitore, costui, sfuggendo alla presa, risponderebbe sempre di non aver debito.

Pertanto se al creditore non mancasse il *titolo abile a consumare una esecuzione*, gli mancherebbe la materia, ossia gli mancherebbe una materia abbastanza solida per operare un pignoramento.

Perciò la procedura esecutiva che, istrutta dei crescenti bisogni del commercio, ha fatto un passo in avanti, come vedremo, per raggiungere in qualche modo nuove combinazioni di diritto, *come sarebbero le azioni industriali*, non ha però potuto considerare e tener conto che di quei diritti che possono senza molta difficoltà giustificarsi; sia per apprenderli nel loro specifico risultato (quali crediti che possono anche aggiudicarsi all'oppignorante), sia per venderli all'asta pubblica, come azioni bensì e diritti da realizzarsi, ma aventi un positivo fondamento in obbligazioni, a stabilire le quali sia necessario passare per gli aspri sentieri di lunghi ed incerti giudizi (2).

4. *Se il diritto di proprietà di un'opera d'ingegno sia pignorabile.*

È manifesto che noi partiamo dal punto che l'*opera* (letteraria) *sia stata pubblicata* e messa come si dice in circolazione. Finchè il manoscritto rimane custodito dall'autore, o il manoscritto stesso non è dato in vendita, è pur sempre proprietà dell'autore, ma non venale, non commerciabile, non soggetta a pegno giudiziale: proprietà personale come il pensiero intimo, come l'affetto dell'animo. Quando il libro è diventato *produzione* e corre in commercio, o perchè venduto il manoscritto con credito del prezzo, o non venduto, commerciato il libro dall'autore, o per conto suo, la proprietà di autore rientra nelle facoltà economiche, e presso qualche nazione di più inoltrata civiltà letteraria, ne rappresenta una assai notevole ed ambita. Allora si verifica ciò che la legge scrive: « *Le produzioni dell'ingegno appartengono al loro autore* » (ar-

(1) Articolo 418: « Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili. In quest'ultimo caso tali azioni o quote di partecipazione sono riputate mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società.

« Sono egualmente reputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, salvo quanto alle rendite sullo Stato le disposizioni delle leggi relative al debito pubblico ». Vedi il mio commento sul Codice civile.

(2) Vedi anche le Osservazioni sull'art. 639.

ticolo 437 del Codice civile). Oltre il prezzo materiale delle copie havvi il prezzo delle successive edizioni e riproduzioni; o come ogni cosa *tantum valet quantum vendi potest*, anche questo diritto avrà un valore venale, grande o piccolo, secondo il pregio dell'opera (Sulle materie delle quali siamo venuti discorrendo, può vedersi il nostro commento agli articoli 413, 415, 418 e 437 del Codice civile).

5. *Della forma dell'apprensione e del procedimento.*

I diritti e le azioni che sono nel nostro patrimonio possono risultare o non risultare da documenti caduti nel pignoramento. Supponiamo il primo fatto: si domanda se *l'apprensione del documento che costituisce la prova del diritto* trasferisca nel pignorante la proprietà del diritto stesso, o almeno lo sottoponga a pegno, talchè possa effettuarsene la vendita nei modi regolari all'asta pubblica. Qui bisogna fare alcune distinzioni.

Se i valori pignorati sono moneta o rappresentante moneta, avente corso determinato e obbligatorio per legge dello Stato, passeranno sul banco del giudice come deposito, e il creditore potrà essere autorizzato a ritirare il danaro a pagamento totale o parziale del proprio credito.

Se si tratta di titoli al portatore, di titoli la cui proprietà è dimostrata dal semplice possesso, ma che non hanno tuttavia un valore edittale determinato e obbligatorio, saranno considerati come effetti di commercio, o in qualunque modo aventi un valore relativo, e saranno venduti ai pubblici incanti. Tali sarebbero le azioni d'imprese industriali al portatore, le cedole di debito pubblico, ecc. Necessario è il possesso onde i titoli si ritengano *pignoris causa*, e siano così venduti. Mancando il possesso dei titoli non si potrebbe agire che nelle forme insegnate dal capo V.

Se si tratta finalmente di azioni e diritti esercibili contro terzi, il creditore può estendere sino a questi le sue garanzie e valersene come mezzi a soddisfare i propri crediti; e in diversi modi può adoperare a quest'effetto. Farsi surrogare per via di giudizio al debitore e per lui e nel suo proprio vantaggio esercitare quelle azioni. Ovvero mettere quei diritti ed azioni sotto pegno giudiziale, *non mai però nella forma di esecuzione sui mobili.* E siccome, parlando di forma, ci accostiamo piuttosto a quella ordinata nel seguente capo V, ivi potremo riprendere il soggetto. Intanto in tale rapporto è bene avvertire che *l'apprensione dei documenti, delle scritture, delle prove insomma di quei diritti ed azioni* che fosse per effettuarsi dall'usciere nell'oppignoramento dei mobili, non vale a trasferire nell'oppignorante proprietà ed azione di sorta alcuna; ma solamente, dacchè quegli atti e documenti dovranno essere depositati, gli gioveranno a meglio comprovare i diritti che fossero per esercitarsi, o alienarsi all'asta pubblica.

Articolo 584.

Quando il pignoramento risulti evidentemente eccessivo, l'autorità giudiziaria può ridurlo secondo le circostanze.

Annotazioni.

Questo articolo risponde al dubbio che è stato fatto, se coll'articolo 567 si fosse compiutamente provveduto ad ogni caso in cui la riduzione si rende necessaria (*V.* il detto articolo 567).

Articolo 585.

Non possono essere pignorati:

1° il letto del debitore, del suo coniuge, e quello dei suoi congiunti e affini che seco lui convivano;

2° gli abiti che servono all'uso quotidiano;

3° gli utensili necessari per preparare il cibo;

4° le armi, le divise, e i bagagli militari degl'individui ascritti al servizio militare di terra e di mare, o aggregati alla milizia nazionale;

5° i mobili materialmente annessi a un immobile, e dalla legge riputati immobili;

6° le lettere, i registri, e gli altri scritti di famiglia.

Articolo 586.

Non possono essere pignorati che in difetto di altri mobili, e soltanto per causa di alimenti, pigioni, fitti o di altri crediti privilegiati:

1° gli oggetti non annessi materialmente a un immobile, ma riputati immobili per destinazione del padre di famiglia;

2° i libri, gli strumenti, le macchine, e gli altri oggetti necessari per l'esercizio della professione o dell'arte del debitore, e a di lui scelta, sino alla somma di lire cinquecento in complesso;

3° le farine e derrate necessarie per il vitto del debitore e della sua famiglia per un mese;

4° una vacca, o due capre, o tre pecore, a scelta del debitore, e il foraggio necessaro al loro alimento per un mese.

Annotazioni.

1. **Generalità**. — Assumendo in complesso l'esame di questi due articoli, la prima considerazione cade sulla diversa condizione di pignorabilità di specie determinate di mobili, secondo la causa del debito. Certamente nell'ordine stesso delle obbligazioni, senza variare l'entità del debito, ci sono dei gradi misurati dal vincolo morale che ci stringe, e che noi dobbiamo espiare, ove sia d'uopo, con un sagrificio maggiore. La legge adunque distingue *mobili assolutamente impignorabili* e mobili non pignorabili che *relativamente*, ossia non pignorabili che a certe condizioni. Queste due classi sono rappresentate nei due articoli.

Se la proibizione sia d'ordine pubblico e importi nullità assoluta.

Io seguiterei l'opinione del Dalloz, del Chauveau, e da ultimo dello Scialoia, sostenuta anche da una decisione della corte di Genova (9 maggio 1856, Bettini, t. II, p. 568), che reputa costituita la proibizione piuttosto nell'interesse privato, che in quello dell'ordine pubblico. Non avrei quindi veruna difficoltà ad ammettere che, ove lo stesso debitore cedesse spontaneo all'usciere quei mobili che non possono essere forzatamente appresi, posto ch'egli ne sia il proprietario, potesse farlo. Ho messa questa riserva, perchè non saprei come permetterlo nel caso del num. 4 dell'articolo 585, *se il servizio militare si renda allo Stato*, essendo allora quelle armi, quelle divise, proprietà dello Stato. Quelle che servono all'esercizio della *milizia nazionale*, sono d'ordinario proprietà del milite; e se così fosse, e non ostasse speciale regolamento, secondo i principii del diritto civile, questa disponibilità in caso durissimo non gli potrebb'esser negata.

Che se l'usciere ha contravvenuto al divieto, portando nel pegno cose proibite, senza l'espresso consenso del debitore, del quale dovrebbe farsi menzione nel processo verbale, come mai potrebbe sostenersi il pignoramento? Come l'atto non sarebbe nullo, o almeno come non dovrebbe ammettersi una istanza di separazione? Il Carré ha rammentato nella questione 2034 che gli antichi commentatori della Ordinanza (del 1667) si erano pronunciati per la negativa, salva l'azione dei danni ed interessi contro l'usciere, e qualche decisione pure emanò in questo senso. Tutti gli scrittori posteriori, rifiutando siffatta dottrina, concordano nell'*azione di distrazione* competente al debitore: e sembra a me pure doversi così risolvere.

2. *Osservazioni specifiche.*

a) Letto.

Anche qui le quistioni. L'articolo 14 del Titolo XXXIII dell'Ordinanza non era stato più esplicito, *un lit aux personnes saisies* fu la sua espressione. Ma cosa è un letto? Anche una stuola, anche della paglia può valere un letto. Si disputò adunque bassamente e inumanamente sulla qualità del letto che dovrebbe indulgersi al debitore. Venne l'art. 592, n° 2, del Codice di procedura civile francese a rammorbidire la espressione, e scrisse *et coucher nécessaire*. Via: doveva intendersi tutto ciò che è necessario ad un letto che non sia quello di un condannato. Il Pigeau si è data la briga di descriverlo nei suoi elementi colla precisione di una buona massaia: « Le coucher nécessaire des saisies, de leurs enfants vivants... « on entend par *coucher nécessaire* les bois du « lit, couverture, draps, traversin, deux ma- « telas, une paillasse — le reste est regardé « comme de commodité ou de luxe » (*Procédure*, tom. II, pag. 80). Non c'è male, e possiamo contentarci. E se il letto ha qualche or-

namento, qualche accessorio confortevole nella miseria, lasciamolo stare, ha detto una decisione del 6 novembre 1833 della corte di Parigi, e con essa il Dalloz (*Saisie-exécut.*, num 165). Memore di tutto questo, l'art. 713 del Codice sardo del 1859 si era espresso così: i letti e *gli arredi necessari per dormire;* ma l'odierno legislatore è tornato alla semplicità dell'Ordinanza; *quegli arredi* in caso come questo è, non suonavano. La parola *letto* dice abbastanza, e non mancherà mai un magistrato per darne la spiegazione.

Un letto per ogni individuo della famiglia, purchè parente. Un solo potrà bastare per piccoli figliuoli: ma è affare di fatto, e la legge non poteva dire di più.

b) Dei mobili dalla legge riputati immobili.

I mobili materialmente connessi ad immobili sono *per assoluto* esclusi da tale pignoramento applicato esclusivamente ai mobili: infatti non sono più mobili: colla loro materiale connessione hanno cangiato natura (V. l'articolo 414 del Codice civile) e bisognerebbe praticare una demolizione, una rovina.

Ma i mobili *divenuti immobili per destinazione*, non consolidati da inerenza fisica che ne costituisca un sol tutto coll'immobile, non avendo altro nesso colla proprietà stabile che concettuale e morale, si separano da essa con minore strazio, direi, con minore sforzo e con minore rovina. Perciò a fronte di debiti privilegiati, come quelli dei fitti, e sacri come quelli per causa di alimenti, la legge permette di farne materia di pignoramento mobiliare.

Resta a vedere se i mobili che *per destinazione* aderiscono ad un immobile, *siano separatamente e senza limitazioni oppignorabili, quando la destinazione non fu dello stesso proprietario*, ma di altri fuori di lui. L'art. 413 del Codice civile non parla che del proprietario: « Sono beni immobili per destinazione le « cose che *il proprietario di un fondo vi ha « poste* per il servizio e la coltivazione del me« desimo ». Indi nell'articolo 413: « Sono pa« rimente immobili tutte le altre cose che *dal « proprietario sono consegnate all'affittuario*, « o mezzaiuolo per il servizio e coltivazione « del fondo ». La lettera della legge è così precisa che in vero sembra escludere il dubbio, se siano ugualmente da considerarsi addetti al fondo per destinazione quegli animali o attrezzi che ha collocati nel fondo non già il proprietario, ma l'affittuario, con animo, se vuolsi, di farli servire alla coltivazione. Sono note nondimeno le questioni elevate da alcuni scrittori francesi di gran nome, imperando una legislazione niente diversa dalla nostra. Per altro la opinione, che a benefizio specialmente dell'agricoltura diceva immobilizzati gli animali, attrezzi, ecc., ancorchè introdotti sul fondo dal conduttore, al quale e non al proprietario appartenevano, una tale opinione non ebbe seguito. Il Carré e il Chauveau (q. 2035), il Colmet-Daage, Dalloz, Bioche, ed altri, la respinsero. L'argomento più decisivo, oltre la chiara espressione della legge, egli è: che la supposta immobilizzazione è impossibile; che il fondo non s'identifica coi suoi accessorii, se non quando questi vi siano stati collocati dalla mano e dalla intenzione (*actu et animo*) del proprietario; uopo è che la esecuzione sia fatta a carico del proprietario medesimo; ne segue che la esecuzione fatta a carico del locatario non potendo estendersi al fondo, di necessità deve colpire le cose postevi da esso locatario separatamente, e nella loro naturale qualità di cose mobili (V. il nostro commento all'articolo 414 del Cod. civ.).

c) Lettere, registri, ecc.

Era desiderabile che il legislatore avesse dettata una ben espressa e solenne eccezione a favore dei *manoscritti d'autore:* l'eccezione sarebbe stata degna della civiltà dei tempi. Avrebbe fatto tacere le questioni ingenerose che si sono sollevate e potriano ancora sollevarsi nel silenzio della legge. Ecco le obbiezioni che muove il Dalloz in via di dubbio. « L'on peut répondre qu'un manuscrit con« stitue une propriété, car c'est une valeur, et « une valeur tellement appréciable qu'il peut « immédiatement devenir la matière d'un traité « avec un imprimeur ou un libraire. Sans doute, « les droits d'un auteur sont respectables, mais « ceux d'un créancier ne le sont pas moins; s'il « ne faut pas protéger d'indiscrètes investiga« tions et une sorte de violence faits à la pen« sée individuelle, il ne faut pas d'avantage « servir à la mauvaise volonté d'un débiteur « qui refuse de s'acquitter en rendant public « un travail dont le produit satisferait ses « créanciers ». E il benemerito scrittore conchiude infelicemente, dicendo, che spetterà al giudice *poser les circonstances*, considerare lo stato del manoscritto, il pregio del lavoro, e che so io. No; non si può rimanere esitanti. Il pensiero confidato alla carta che si cooserva segreta nello scrittoio dell'autore è inviolabile, com'è inviolabile lo stesso pensiero ancora nella mente riposto; nessuno può costringerlo di forza a palesarsi, ad uscire nel mondo; l'autore può cancellare, distruggere il suo manoscritto, condannarlo inappellabilmente: il rendernelo responsabile sarebbe da barbari,

o dalle antiche commissioni di Stato, o inquisizionisti, che è poi tutt'uno.

Veramente l'atto di pignoramento, che ha per oggetto di consegnare alla giustizia nelle cose del debitore dei valori capaci di soddisfare un debito, non dovrebbe fare l'ufficio d'inquisitore, invadendo carte, memorie, registri di veruna maniera, se non hanno un valore realizzabile, o non siano causa e dimostrazione di valore. Non so se con questo intento, altri codici di procedura vi aggiunsero una qualità; quello di Ginevra dice: « Ne « pourront être saisis les papiers apparte- « nants aux débiteurs, *à l'exception des titres « de créance, ou des actes constitutif de pro- « priété mobilière ou immobilière* » (art. 415). Il Codice sardo del 1854 aveva qualche cosa di simile; in quello del 1859 la clausola disparve. In sostanza il nostro articolo reputa di aver detto quanto basta onde non riservare che *scritti e registri di famiglia*, abbandonando all'usciere quelli che, per esempio, appartengono al commercio, ancorchè la corrispondenza fosse mantenuta privata, e insomma tutto che riguarda affari, sebbene tali carte non contengano di loro natura prove di diritto che il creditore possa utilizzare, e possano invece conferire a scoperte per le quali la operazione dell'usciere risulti, come a dire, curiosa, e forse indiscreta. Che diremo di corrispondenze diplomatiche o simili, non eccettuate in guisa alcuna dalla legge? Io non crederei che queste avessero che fare con un pignoramento. Non sono però *scritture*, nè *registri di famiglia*; questo è certo. La legge adunque è, per brevità, oscura, e può non andare scevra di questioni.

d. Il debitore non può essere privato dei *mezzi di esercitare la sua professione od arte* se non verificandosi le condizioni del num. 2 dell'articolo 386.

La nostra legge, riunendo in un solo periodo *libri, strumenti, macchine ed altri oggetti necessari*, che l'articolo 592 del Codice di procedura francese presenta in tre distinti numeri (3°, 4° e 6°), vuol significare, che le cose nominate ed altre ancora, possano ritenersi bisognevoli all'esercizio della professione ed arte; ma per tutte assegna un valsente di lire 500. Io non credo che siffatto assegno debba procedere con una estimativa rigorosa, di maniera che per un eccesso qualunque dovesse addirittura ritirarsi il benefizio; l'unica macchina che occorre, oppure le macchine cogli attrezzi necessarî, sorpassando, non però notabilmente, la somma prescritta, non dovrà sopprimersi qualcuno di quegli attrezzi indispensabili per lasciare ozioso e inutile il rimanente apparecchio; la legge insomma ha voluto intendere qualche cosa di approssimativo alle 500 lire da determinarsi dal prudente arbitrio del giudice.

Vi sono però tali arti che per esercitarle richiedono un materiale ben maggiore di 500 lire. Simile sarebbe l'arte del tipografo; e scelgo questo esempio perchè lo trovo giudicato in una sentenza della Corte di Tolosa del 5 marzo 1837 (*Commentario del Codice sardo*, vol. V, part. I, num. 330), nella quale fu deciso che il materiale di una tipografia non può ritenersi compreso nella limitazione non soltanto pel valore, ma *eziandio per lo necessario concorso di altri operai*, senza il quale tale arte non può esercitarsi. La quale osservazione ci darebbe a pensare se, quando il debitore non esercita da solo un'arte, ma ha bisogno che altri cooperi con lui, un tal caso sia contenuto nella legge. Esame inutile però, dacchè a questo punto la determinazione del valore è quella che decide. La legge, come di frequente avviene, è nell'impegno di bilanciare equamente contrari interessi: per ragione di umanità favorisce il debitore, ma intanto la giustizia non tace a favore dei legittimi diritti del creditore. Se gran numero d'istrumenti, cospicue macchine, concorso di operai, cangiano l'umile officina in un'opera d'industria più o meno grandiosa, in un rilevante opificio, e il debitore non possa esercitare l'arte sua altrimente che associandosi a tutto questo insieme, trattasi allora di un capitale che non gli può essere lasciato in mano, ma deve cedere ai suoi creditori.

Dei vasi sacri ed arredi ecclesiastici.

Nessun Codice moderno ha eccettuate queste cose dal pignoramento; eppure è comune sentire degli scrittori che non siano suscettibili di pegno, in quella guisa che non sono alienabili. Vero è ancora che leggi antiche, non ecclesiastiche, ma civili, ne facevano severissimo divieto (1); e nessuno Stato ha osato revocarle. Volendosi forzare ad una interpre-

(1) « Sancimus nemini licere, sacratissima atque « arcana vasa, vel vestes, cæteraque donaria, quæ « ad divinam religionem necessaria sunt (*cum etiam « veteres leges* ea quæ juris divini sunt, humanis « nexibus non illigare sanxerint), vel ad venditio- « nem, vel ad hypotecam, vel pignus trahere; sed « ab his qui hæc suscipere ausi fuerint, modis om- « nibus vindicari..... » (Leg. 21, Cod. de Ss. ecclesiis).

tazione poco conveniente l'articolo che esaminiamo, potrebbe dirsi che quelle cose comprende sotto il punto di vista di una professione; ma la stranezza non sarebbe minore della sconvenienza. Ci volgeremo piuttosto all'articolo 434 del Codice civile. Ci volgeremo al senso morale, alla coscienza religiosa di tutti i popoli. Rammenta il Carré che l'articolo 35 dell'Ordinanza proibiva il pegno dei libri, vasi ed ornamenti necessari al divino ufficio (quest. 2042); ma egli ne toglie una conclusione così meschina e così falsa, che io non posso tacerne. Saranno, egli dice, rilasciate al sacerdote tali cose *sino alla concorrenza del valore* statuito dall'articolo 593, che era di 300 lire. Con ciò egli prende sul serio che sia veramente materia del Codice di procedura; e si tratti di un'arte o mestiere. A parte questa grettezza di proceduristа, i vasi, gli arredi, gli ornamenti sacri non sono propriamente cose del prete, che supponiamo debitore, ma della chiesa a cui servono; e d'ordinario non si tengono negli armadi di casa fra le masserizie.

e) *Farine e derrate*, ecc.

E perchè, mancando le farine e le derrate, non si rilascerebbe all'oppignorato quel po' di danaro (se ce ne fosse) per il povero vitto di un mese? Alcuni sono di questo avviso (*Commentario del Codice sardo*, vol. V, p. 1, nº 333; Boitard, tom. II, num. 854). Ma io credo che l'usciere non sia a ciò autorizzato: l'usciere non è giudice degli equipollenti. L'articolo 604 gli impone di depositare il danaro insieme a qualunque titolo di credito. Sarebbe cosa del magistrato se l'oppignorazione presentasse qualche largo, e in giustificata urgenza.

3. *Dei crediti privilegiati.*

Quali sono i crediti privilegiati oltre quelli accennati nelle prime parole dell'art. 586? (1).

Indichiamone alcuni.

Il credito per le spese di conservazione fatte sui mobili o per il loro miglioramento (articolo 1958, num. 7 del Codice civile).

Il credito dello Stato a titolo di tributo diretto (articolo 1937 del Codice civile). Se il debitore riunì *per destinazione* al fondo una certa quantità di animali, attrezzi, scorte, lo Stato può colpirli qual mobili, separatamente oppignorandoli.

Similmente il credito dello Stato per dazi e diritti di dogana, supponendo che i mobili, per destinazione immobilizzati, le macchine, ecc., siano oggetti del dazio e diritto di dogana che non fu pagato (articolo 1938, num. 1 del Codice civile).

S'intende di quei crediti privilegiati che forniscono azione; e non di mera eccezione.

Giova peraltro osservare che, quantunque su questi o altri mobili il creditore possa esercitare un privilegio in concorso di altri creditori, *non potrà invertirsi quell'ordine che la legge assegna in fatto di pignoramento.* Vale dire, non si potrà cominciare dall'oppignorare le cose riservate nell'articolo 586 od alcuna di quelle (gli strumenti, le macchine) a pretesto di avervi sopra un diritto, un privilegio. Neppure per ragione consimile potranno oppignorarsi *di preferenza* i mobili per destinazione del padre di famiglia immobili: ad esempio, quegli animali, attrezzi, ecc., che solo servono al fondo, i carboni e le legna raccolte nei magazzini ad uso di fondachi ed opifizi permanenti, considerati immobili, quantunque su tali oggetti si avesse una specie di diritto reale che in un concorso di creditori parrebbe anco valere come un privilegio (2). E ciò per l'ottima ragione, che siffatte aggregazioni sono generalmente ad utile scopo, giovano mirabilmente ai fini dell'agricoltura e dell'industria, e preme al legislatore che siano, per quanto è possibile, rispettate. Mentre si ha in mira questo benefizio, che quasi può dirsi universale, la legge umana, discreta, intende anche al minor danno del debitore, risparmiandogli sacrifizi non necessari: non nuoce al creditore che si suppone potersi con altri beni soddisfare.

4. È a vedersi per ultimo *se le specie ordinate nei quattro numeri dell'articolo 586 ricevano dal loro stesso ordine una gradazione che debba essere osservata nel pignoramento.*

L'umanità sembra consigliarlo; ma la legge non ne fa precetto. Il giudice, secondo le circostanze, ritenuto l'eccesso, potrebbe separare a favore del debitore le cose più necessarie alla sua più o meno precaria esistenza; ma non si vedrebbe motivo di nullità nel contrario.

Articolo 587.

Nel caso di pignoramento di animali o attrezzi servienti alla coltivazione delle terre, ovvero di stromenti o utensili necessari per l'esercizio di manifatture,

(1) L'articolo 593 del Codice di procedura francese è molto preciso: ugualmente chiaro e dettagliato era l'articolo 683 del Codice napoletano perchè lo ha copiato.

(2) Salvochè non si fosse realmente agito in *rivendicazione*.

fucine, o altre officine, il pretore, sull'istanza di chiunque abbia interesse, e sentiti o chiamati il debitore e il proprietario delle terre o degli edifizi, può delegare un agente per la coltura delle une e per l'esercizio degli altri.

Annotazioni.

1. Forsechè la legge suppone che il proprietario delle terre, l'esercente dell'opificio cessi dal possesso e dall'uso; ovvero ridotto alla impotenza, o avvilito dalla condizione in cui si trova, non possa dar opera efficace all'agricoltura e all'industria, e perciò gli surroga *un agente?* O piuttosto permette che *gli animali, gli strumenti, gli utensili*, ecc., siano ancora lasciati sul luogo per continuare il lavoro, e quindi l'*agente* abbia insieme qualità di amministratore e di custode? La legge non ci risponde. Gli scrittori francesi, non essendo punto diverso il loro articolo 594, sembrano così ritenere: « C'est donc au juge de paix, « dice il Carré, à examiner s'il est à craindre « *que le saisi ne divertisse les objets désignés* « *dans l'article*, ou ne néglige l'exploitation, « et à n'user de la faculté dont il s'agit qu'autant qu'il y aurait quelques raisons de concevoir cette crainte » (Carré, all'art. 594). L'*agente* sarebbe adunque, come io testè diceva, *amministratore e custode*. È questa una disposizione che non toglie all'usciere la facoltà di nominare il custode agli oggetti pignorati (articolo 600): la deputazione dell'agente è, di necessità, posteriore; è ufficio del magistrato, al quale deve precedere la istanza di persona interessata. La nomina dell'agente renderà inutile, farà sparire quella del custode.

2. *Della responsabilità dell'agente.*

Se il *custode* è responsabile (articolo 603), l'*agente* non lo sarà meno. Ch'egli debba prestare cauzione, non credo; la legge non ne parla; è un ministero di fiducia; d'altra parte le sue funzioni potrebbero venir limitate, e in certo modo controllate da altri o proprietari o coagenti e collaboratori nell'opificio o nella tenuta. Il proprietario del fondo non sarà messo fuori solo perchè i suoi animali o le macchine che si annettono all'esercizio sono state colpite dall'esecuzione. Egli ha tutto il diritto di rimanere alla testa de' suoi affari. L'agente risponderà della parte dell'amministrazione che verrà a sostenere. Come *custode*, avrà responsabilità intera: in lui solo è riposta una fede che non gli è lecito dividere.

3. *Durata della custodia e dell'amministrazione.*

È chiaro che la prima durerà sino alla vendita degli oggetti oppignorati (salvo surrogazione di altro agente): la seconda non è che provvisoria e circostanziale; il pretore non potrebbe costituirne altra a più stabili condizioni. Alla partenza degli oggetti pignorati, sprovvisto che si troverà il fondo de' suoi mezzi, bisognerà venire ad altre misure. Forse il proprietario si troverà costretto ad alienarlo; nessuno glielo potrà impedire.

4. *Degli interessati.*

Per altro in due diversi casi può ricevere applicazione il provvido articolo 587; duplice aspetto che risulta abbastanza dall'accuratezza della redazione: *sentiti* o *chiamati*, ivi si dice, *il debitore e il proprietario*. Di fatti le cose mobili istruenti un fondo o un opificio possono essere oppignorate allo stesso proprietario del fondo. È il caso del num. 1 dell'articolo 586. Possono essere oppignorate a carico di altri che abbia istrutto il fondo senza essere proprietario di questo, ma solo dei mezzi d'istruzione. La legge lo addita col nome di *debitore*. Ma in entrambe le contingenze, la condizione degli interessati resta ugualmente compromessa. Intanto fra gli interessati a chiedere dal magistrato una provvidenza primeggia lo stesso oppignorato, o perchè la nomina del custode fatta dall'usciere non gli talenti, o perchè più che ad altri giovi a lui che l'amministrazione sia ben regolata. Interessati sono i *condomini* e i *creditori*. Senonchè, rispetto a questi, molto ci sarebbe a dire per misurare la qualità e urgenza del credito, la sua posizione giuridica, e quindi concluderne quando siano in diritto d'influire sull'amministrazione. La questione dell'interesse è sempre negli attributi del giudice.

5. *Della spesa.*

Non può esser dubbio che non vada a carico dello stesso oppignorato che ha dato causa a questa straordinaria amministrazione.

6. *Della competenza.*

C'è chi ritiene che il tribunale divida in simili casi la competenza pretoriale; che si possa cioè, volendo, prescindere dal giudizio del pretore e invocare di tratto quello del tribunale. Si argomenta da quella dizione facoltativa, il giudice *può* o *potrà*... (*Commentario al Codice sardo*, vol. 5, pag. 1, num. 419). Ma io opino che la parola PUÒ' *delegare* non concerne che la facoltà dello stesso pretore, di concedere o non concedere. *La competenza lo-*

cale, in fatto di atti esecutivi, *è nell'interesse di ambedue le parti*, non già di una sola. La maggior rapidità dell'ordinare, la maggior cognizione per provvedimenti istantanei e da prendersi sul luogo: ecco i due requisiti che fanno commendevole questa pressochè continua ingerenza del giudice locale. Non è però assolutamente incompetente il tribunale; e credo che, nel consenso di ambe le parti, la sua giurisdizione possa essere prorogata.

Articolo 588.

I bachi da seta non possono essere pignorati se non quando siano giunti a maturità.

S'intendono giunti alla maturità quando la maggior parte sia sui rami per formare il bozzolo.

Articolo 589.

I frutti non ancora raccolti o separati dal suolo non possono essere pignorati, se non nelle sei ultime settimane che precedono il tempo ordinario della loro maturità, salvo che il creditore istante voglia sopportare in proprio le maggiori spese della custodia.

Annotazioni.

È vietato l'oppignoramento dei frutti pendenti prima delle sei settimane che precedono, secondo i metodi dell'agricoltura, la loro maturità. Ma si è aggiunto, *salvochè il creditore istante voglia sopportare in proprio le spese della custodia*. Questa clausola che si leggeva anche nell'ultimo Codice piemontese, venne posta per bene indicare il motivo che aveva indotto il legislatore alla proibizione. Altri motivi gli venivano attribuiti dagli studiosi dei codici che quella riserva non contenevano: e principalmente, che si era mirato a qualcosa di più elevato e di più generale che questo non fosse. Al Chauveau (in Carré, qu. 2114) parve vedere che vi si trovasse sancita la osservanza di un principio di natura che da finzione legale non poteva essere menomato; che cioè in quello stato i frutti sono così identificati colla madre terra, che non possono riputarsi altro che immobili. Lo disse l'art. 520 del Codice civile francese: « Sono parimente « immobili le messi unite alle loro radici, e i « frutti degli alberi non per anco staccati », senza riflettere che il Codice ciò disse per opposizione ai frutti tagliati o raccolti che acquistavano di tratto la natura di mobili. Pigeau, alla cui opinione anche si appoggia il Chauveau, credeva di vedere l'assoluta condanna di ogni pratica diversa, nelle parole imperativamente proibitive dell'articolo 626 del Codice di procedura francese: « Le saisi-brandon *ne « pourra être fait...* ». La nullità del pignoramento era la conclusione indeclinabile di siffatta sentenza. La cassazione francese nel 29 agosto 1868 (Dalloz, *Recueil*, 1853, tom. I, pag. 258) decise conformemente.

Pensarono in contrario Locré (tom. III, pagine 72, 73), Carré (quest. 2114), Favard de Langlade, Bioche, e pare anche il Dalloz che, vedendo giusto, tenevano l'affare nei puri termini dell'interesse privato, e in fine non trattarsi che di economia di spese. Si facevano anche forti col dire che conveniva impedire in certo modo le fraudi del debitore che avrebbe potuto vendor il raccolto in erba. Ma gli avversari rispondevano che la vendita fraudolenta sarebbe dichiarata nulla. Si toccava ancora del divieto che fanno certe leggi speciali di vendere le ricolte immature; ma tutto ciò è vano a ripetersi per la chiarezza della legge nostra che ha troncata ogni disputa.

2. La questione della *maturità*, a stabilire il calcolo delle *sei settimane*, sarà dunque una questione di spese. Al giudice determinare il fatto secondo la qualità della produzione, il clima e la consuetudine dei luoghi. È però indubitato che frutti non ancor nati non possono pignorarsi *in spe*. Quindi non sono oppignorabili le ricolte future: pegno giudiziale di cosa che non esiste è idea abbastanza assurda (1). Vi sono prodotti che maturano in tempo brevissimo; ma la legge si accomoda a tutti gli eventi, lasciando comprendere nello spazio di sei settimane ogni minore intervallo.

3. Nel § 792 del mio Commento al Codice

(1) Dico *pegno giudiziale*, che vuol la *rei apprehensio*, a parte la questione meramente ipotecaria (*dei beni futuri*).

civile ho avuto occasione di trattare di questo soggetto. Riportando la dottrina di Proudhon ho osservato che il creditore che oppignora le spighe del grano non ancora raccolte e pendenti, non può portarsi via la *paglia* che rimane dalle spiche battute, non cadendo di diritto la oppignorazione che sul grano. Le *paglie* non potrebbero oppignorarsi in natura, come non potrebbero oppignorarsi i *fieni e gli strami* che si considerano immobili per destinazione del proprietario, nell'interesse dell'agricoltura. Si deve adunque far battere il grano, e rilasciarsi la paglia che n'esce al proprietario pei bisogni dell'annata futura, pel servizio delle stalle, per la formazione degli strami, ecc.

Articolo 590.

Possono essere pignorati i mobili o frutti indivisi fra il debitore e un terzo, ma non possono essere venduti, se non dopo la divisione.

Annotazioni.

I mobili e i frutti indivisi possono pignorarsi. In vero il far precedere la divisione varrebbe quanto offrire al debitore la più seducente tentazione per faro scomparire i suoi mobili. Tengono gli scrittori che una copia del precetto abbia a notificarsi ad ognuno dei comproprietari (Thomine. tom. II, p. 91, Carré, quest. 1992; Dalloz, v° *Saisi-exécut.*, n. 37). Che *se il mobiliare fosse posseduto da un solo.* per il principio che rapporto ai mobili il possesso vale titolo, il creditore eseguente sarebbe in regola notificando e titolo esecutivo e precetto a lui solo (Dalloz, ivi). I comproprietari dovrebbero agire in conformità dell'articolo 647.

Articolo 591.

Gli stipendi e le pensioni dovute dallo Stato non possono essere pignorati, se non nei casi e nei modi stabiliti dalle leggi speciali.

Si osservano pure le leggi speciali per il pignoramento delle somme dovute agli appaltatori di opere pubbliche.

Annotazioni.

1. La legge italiana del 15 marzo 1864 (articolo 36, 45) ha dichiarati insequestrabili gli stipendi e le pensioni dovute dallo Stato. Legge speciale a cui s'informa il presente art 591, capace però di applicarsi ad altre disposizioni che fossero per emanarsi in seguito.

La corte di cassazione di Torino ha avuto occasione di pronunciarsi sulla legge del 1864 che, come quella che è d'ordine pubblico, si è ritenuta esercitare una legittima influenza eziandio sui fatti ad essa anteriori. L'esimio consigliere Pescatore, estensore della prima sentenza, stanziò su questo tema alcuni principii in vero abbastanza noti, ma rare volte espressi con sì robusto concetto. « Attesochè « le leggi di diritto privato hanno l'espressa « destinazione di dare una norma certa agli « atti civili e di conferire diritti perfetti se« condo la natura propria delle diverse sti« pulazioni; e così ne nascono quelli che la « dottrina e la giurisprudenza chiamarono di« ritti perfettamente *quesiti*. — Che in questo « senso si hanno a considerare como diritti « quesiti anche quelli che sorgono da stipu« lazioni condizionali o riguardanti a beni fu« turi. — Che in fatti la condizione non im« pedisce che sotto una determinata eventua« lità pure si sia acquistato un diritto; e la « convenzione riguardante beni futuri altro « non è in sostanza che una convenzione con« dizionale. Onde non si è mai dubitato che « la ipoteca dei beni presenti e futuri man« tenga in forza del diritto *quesito* il pieno « suo effetto, non ostante il mutato regime « ipotecario, e valga a vincolare beni perve« nuti nel patrimonio del debitore dopo la « mutazione. — Attesochè per contro le leggi « di pubblico diritto seguono un altro prin« cipio conformemente alla diversa loro de« stinazione. Il loro oggetto non è di dare « una norma agli atti civili, ma sì di reggere « la cosa pubblica e l'amministrazione dello « Stato. E se agli interessi privati non è dis« detto di accomodarsi in maniera da poter « trarre vantaggio dallo stato della cosa pub« blica quale si trova da tempo in tempo re-

« golata, essi però non si elevano mai al grado « di diritti quesiti, e non possono reclamarne « le garanzie, perchè la legge intesa ad altro « scopo non vuole e non potrebbe dare agli « interessi privati un affidamento giuridico. Il « regolamento della cosa pubblica è mutabile, « e nelle sue mutazioni non riceve norma che « dal proprio oggetto; gli interessi ne possono « approfittare, a condizione però di seguirlo « a loro rischio in tutte le vicende, e di acco- « modarsi allo stato della cosa pubblica quale « si trovi di tempo in tempo ordinata » (corte di cassazione, sentenza 15 gennaio 1865). L'articolo 774 del Codice sardo del 1859, in corrispondenza alle leggi speciali che allora vigevano, ammetteva che gli stipendi e le pensioni erano in parte pignorabili; e al pubblicarsi della legge del 1861 già si trovavano in gran numero sequestri o giudiziali o convenzionali gravare i più poveri appuntamenti degli impiegati. La Corte suprema, per le ragioni esposte nella mentovata sentenza, dichiarò cessati i sequestri colla promulgazione di quella legge. Con altra sentenza del 20 luglio 1865 la massima fu mantenuta e riconfermata, ben inteso, rapporto a quei fatti che non avevano ricevuta, e in quanto non avessero ricevuta, perfetta consumazione (Relaz. Borsari).

2. *Sulla seconda parte dell'articolo.*

È da rammentarsi la legge del 20 marzo 1865 *sui lavori pubblici*. Le disposizioni che riguardano la materia dei sequestri sono le seguenti (articolo 351): « Ai creditori degli « appaltatori di opere pubbliche non sarà con- « cesso verun sequestro del prezzo di appalto « durante la esecuzione delle stesse opere, « salvochè l'autorità amministrativa da cui la « impresa dipende, riconosca che il sequestro « non possa nuocere all'andamento e perfe- « zionamento dell'opera. Potranno però essere « senz'altro sequestrate le somme che rimar- « ranno dovute ai suddetti appaltatori dopo la « definitiva collaudazione dell'opera ». (articolo 352: « Le domande di sequestro saranno « dalla competente autorità giudiziaria comu- « nicate all'autorità amministrativa da cui di- « pende l'impresa ». Art. 353: « Quando, a « termini dell'articolo 351, l'amministrazione « riconosca di poter annuire alla concessione « di sequestro, saranno questi preferibilmente « accordati per indennità, per mercedi di la- « vori e per somministrazioni d'ogni genere « che si riferissero alla esecuzione dell'opera « stessa ».

Articolo 592.

Non possono essere pignorati gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentare. In questo caso il pignoramento non può farsi se non con la permissione dell'autorità giudiziaria, e per la porzione determinata da essa.

Annotazioni.

1. *Estensione dell'articolo* 592.

L'articolo 776 del Codice sardo del 1859, di due ragioni di prestazioni alimentari, disponeva: « Non possono essere pignorati (di- « ceva nel primo numero) *gli assegni per ali-* « *menti ordinati dall'autorità giudiziaria* ». E nel secondo: « *Le somme* o *pensioni donate o* « *lasciate a titolo di alimenti*, quand'anche il « testamento o la donazione non ne abbia « espressamente vietato il pignoramento ». Più ancora. Nell'articolo 777 si assoggettano alla stessa regola gli *assegni alimentari stabiliti per convenzione*, con alcune condizioni, che al momento non importa accennare.

Ora a codeste classificazioni e distinzioni viene sostituita una dizione generica — *assegni per alimenti* — onde il vedere se valga qui il dettato *ubi lex non distinguit*, e così ogni qualità di prestazione alimentaria comprendasi nel testo ridotto a tanta semplicità.

Io non dubito che così non abbiasi a ritenere. Tanto più si deve in questo modo concludere, quanto nel secondo membro dell'articolo havvi uno stupendo correttivo, cioè la cognizione del magistrato: temperamento che, per la sua generica espressione, deve applicarsi ad ogni caso di sequestro sugli alimenti, temperamento che nelle leggi anteriori non era amministrato che in certi casi.

Nondimeno, poichè la sostanza delle cose deve sempre preferirsi alle parole, si potrà osservare che vi sono *assegni* che, comunque divisati col nome di *alimentari* ed anche lo siano nel principale loro oggetto, superano però talmente le ordinarie proporzioni di siffatti assegni, che non dovrebbero meritare quella specie di privilegio d'inalienabilità accordato da questa legge di eccezione. Ricche esibizioni di vedove e di cugine sono lasciate talvolta in benevoli testamenti col titolo di assegni per alimenti, che comprendono ogni bene materiale della vita, e sino la istruzione (art. 816

del Codice civile). Egli è per questo che, come vengo a dire, si trova possibile che un creditore, per titolo alimentario, sia debitore per lo stesso titolo verso altri più poveri di lui. Se non che l'sgiatezza dell'assegnamento farà nascere dei dubbi sulla *sua impignorabilità* in genere, e per qualunque debito; renderà problematica l'applicazione di questo articolo, che sembra avere una portata più ristretta, ma d'altro lato non farà che avvalorare la ragione del sequestrante, possessore del credito privilegiato.

Stimo pertanto che *qualunque assegno alimentare*, giudiziale, testamentario o convenzionale, sia contenuto nella nostra legge, quantunque, presa l'alimentazione in largo senso, semprechè sotto quel nome non sia palliato un fatto o una convenzione di altra natura.

La causa alimentaria *si estende a tutta la famiglia*, onde gli autori si vanno mutuando l'esempio del pedagogo, che, per le lezioni date al figlio, ha diritto di sequestrare le pensioni alimentarie dovute al padre (Roger, numero 345; Chauveau, num. 1989), e l'effetto dimostra come sia presa in largo senso e non a misura della sola necessità. L'intervento del magistrato, esteso ad ogni caso di nominale assegno alimentario, come già rammentai, allontana ogni inconveniente, ogni pericolo.

2. *Della rendita vitalizia; stipulazioni.*

Interessi opposti, interessi che tendono ad eliminarsi, vengono anche qui considerati. L'assegnatario ha interesse di poter disporre dei suoi assegnamenti senza temenza di creditori che hanno l'interesse opposto. La legge ha preveduto che ben molte cose possono stipularsi in una convenzione. Un contratto di rendita vitalizia può, sotto la mano dello stipulatore, prendere la piega di *un assegno per alimenti;* perciò la legge ha stanziato: « Nel « solo caso in cui la rendita vitalizia sia costi« tuita a titolo gratuito si può disporre che la « medesima non sia soggetta a sequestro » (articolo 1800 del Codice civile). In tal caso non è lo stipulatore della rendita che si prepari questo mezzo di difesa contro i suoi creditori presenti o futuri, che sarebbe immorale; ma è fatto del donante, che può ben volere che niuno divida col donatario il frutto della sua largizione, dal che rimane sempre riservata, come è chiaro, la eccezione del nostro articolo 592. Questa disposizione riflette la sua luce sui placiti testamentari. Il lascito, per indole sua lucrativo, quando abbia per titolo l'alimentazione del legatario, potrà godere della stessa immunità. Ma di ciò diremo un po' più sotto.

3. *Incertezza della giurisprudenza. Creditori anteriori e posteriori.*

Questo punto di diritto è stato dapprima soggetto a varietà e incertezze. L'articolo 582 della procedura francese, non parlando che di *provvisioni alimentarie*, lasciava dubbio se le *pensioni alimentarie*, assegnate dal giudice, e che hanno una successione più o meno duratura, fossero sottoposte alla stessa restrizione. La corte di cassazione francese decise in termini in questo senso: « Attendu qu'il s'agit « dans la cause, non d'une provision alimen« taire, mais d'*une pension accordée pour ali« ments* à une mère sur ses enfants, pension « fixée par la justice à la somme de 500 francs, « et ensuite portée à 800 francs; attendu que « après avoir, par l'article 581, déclaré insai« sissables les *pensions pour aliments*, énon« cées au num. 4, de même que les *provisions « alimentaires énoncées* au num. 2, les législa« teur, les distinguant toujours, déclare, par « l'article 582 du Code de procédure, *que les « provisions alimentaires peuvent être saisies « pour cause d'aliments, et que les pensions « par cause d'aliments, peuvent être saisies « par des créanciers postérieurs* à l'acte con« stitutif de la pension en vertu de la permis« sion du juge, et pour la portion qu'il déter« mine... ». E segnendo questo corso di idee, anche la *pensione*, o *assegno alimentario permanente*, fu ritenuta nella specie regolarmente sequestrata, essendovi concorsa la permissione del giudice, e trattandosi di *creditori posteriori.*

La materia era stata non leggermente discussa dalla sezione del tribunato. Essa portava opinione che, ammessa a fronte dei titoli più privilegiati la eccezione della *causa alimentaria*, non dovesse però farsi grazia che ai *creditori posteriori*, i quali avevano calcolato sulla posizione economica del debitore in quel tempo (Locré, *De la législation*, tom. XXII, pag. 396).

La distinzione che si è sempre fatta dai primi codici di procedura sino all'attuale *fra creditori anteriori e posteriori* nasceva da ciò, che il testatore o il donante poteva dichiarare *non suscettibili di sequestro le somme e gli oggetti disponibili*, come si esprime l'articolo 581, num. 3; la legge rispettava la volontà del testatore o donante, ma solo pei crediti che fossero anteriori. E quanto alle *somme* o *pensioni donate* o *lasciate a titolo di alimenti*, erano per legge immuni da sequestro, benchè il testatore o donante non lo avesse dichiarato, ma vi soggiacevano per *debiti posteriori*. Gli assegni provvisionali per titolo di alimenti *ordinati*

dal giudice non potevano pignorarsi se non per *causa di alimenti;* e non si faceva più distinzione di tempo. Questo sistema, alquanto confuso, si era propagato nelle legislazioni italiane, e fu riformato di recente, semplificato e migliorato. Gli assegnamenti alimentari, vengano dall'autorità del giudice o dalla liberalità dell'uomo, sono soggetti ad una sorte: sfuggono al sequestro, meno che per causa d'alimenti, e non si distingue il credito di prima e quello di poi.

Solamente ci potrebbe restar dubbio, se avesse a rispettarsi la disposizione del testatore, proibente il sequestro per altri suoi lasciti o donazioni che non fossero per titolo alimentare. La nostra legge è muta. Ma io penso che il silenzio valga abrogazione della legge precedente; significhi non doversi attendere quella volontà del testatore, che sarebbe esorbitante dal diritto della libera disponibilità.

Io pongo francamente questi postulati, avvegnachè qualche illustre proceduristа, fra i quali il Roger, autore di ampio trattato, *De la saisie-arrêt*, non ammetta il primo; non ammetta cioè che un creditore alimentare, e creditore *non per somministrazioni fatte al debitore, ma pel diritto di essere alimentato da lui*, possa menomare gli assegni che il debitore percepisce a questo titolo. « Ainsi, dice « il Roger, num. 345, un enfant qui aurait « droit à des aliments contre son père, ne « pourrait, sous prétexte qu'il est son créan« cier pour cause d'aliments, saisir-arrêter une « provision alimentaire adjugée à celui-ci ». Il Duranton seguirebbe la stessa opinione (t. II, num. 426). Ma professano la contraria Dalloz (*Aliments*, n. 426); Boitard, tom. II, n. 828; Chauveau, quest. 1936; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Saisie-arrêt*, n. 69). E questa io seguo, che, per la semplicità ed ampiezza del nostro testo, è resa evidente. Le altre proposizioni, secondo me, non possono essere contestate.

4. *Le risposte d'affitto si comprendono nel credito per causa di alimenti.*

Ecco le parti di che si compone questa idea complessa, bene analizzata dal Roger: « *D'après tous les auteurs*, on doit entendre « par aliments, pour lesquels une provision « alimentaire peut être saisie, tout ce qui est « nécessaire à la vie, comme *vêtements*, LOGE« MENT, *même les visites et pansements des mé« decins et chirurgiens ainsi que les médica« ments* ». Sono le parole stesse che usa il Carré nella quest. 1986. Quanto al fitto si vuol intender quello della casa in cui il debitore abita colla sua famiglia; e per non venire a cose speciali, dico che deve in qualche modo risultare il carattere della necessità che il giudice dovrà apprezzare.

5. *Delle pensioni alimentarie arretrate.*

La insequestrabilità è da tenersi eziandio per le pensioni alimentarie arretrate. È cavilloso l'argomento del *nemo vivit in præteritum*, e del non essere state quelle somme impiegate nella loro destinazione (Roger, n. 360; Chauveau, num. 1989 *ter*).

6. *Della cessibilità delle pensioni alimentarie.*

Dal divieto di sequestro al divieto di cessione corre intervallo; e in effetto una cosa non è l'altra. *La chose quoique insaisissable n'est pas inaliénable*, disse la sezione del tribunato trattando questa materia (Locré, tom. XXII, n. 30). Invero la legge spiega in tutto questo un interesse di umanità che l'onora; ma non vuole spingere il suo interessamento sino ad impedire l'azione libera che spetta ad ogni proprietario delle cose sue. Chi può impedire che un proprietario non venda sino la paglia del suo letto? Faccia ognuno quello che vuole. È un diritto: purchè 1° l'alienante non sia fra le persone che la legge reputa meno capaci; 2° che non osti qualche ragione di pubblico interesse, come sarebbe rapporto all'alienazione degli stipendi per gli impiegati in attività.

7. *Degli alimenti legati.*

Che le somme o pensioni donate o lasciate a titolo di alimenti non potessero essere pignorate che per crediti posteriori alla donazione o *alla verificazione del legato*, era scritto nell'articolo 581 della procedura francese, e, dopo altri codici, nel 776 dell'ultimo piemontese; tutto ciò è scomparso. Del prima e del dopo non resta dunque il favellare a noi che abbiamo ritenuto che ogni *credito alimentario* sia titolo valido al sequestro, salva sempre l'approvazione del giudice, di cui diremo or ora qualche parola. È ben chiaro che il *credito alimentario* di cui parliamo dev'essere personale.

8. *Dell'intervento e facoltà del giudice.*

La facoltà di permettere inchiude la facoltà di negare. *Ma può il giudice accordare al sequestrante la somma intiera?* La cassazione di Francia, argomentando dall'articolo 582 di quel Codice, che in questo punto è identico al nostro, tenne che il giudice non fosse autorizzato dalla legge che al rilascio d'una parte (18 aprile 1836). Il Chauveau critica a buon diritto quella decisione, potendo il debitore essere d'altronde agiato, e in condizione miserabile il creditore.

CAPO III.

DEL PIGNORAMENTO DI MOBILI PRESSO IL DEBITORE, E DELLA NOMINA DEL CUSTODE.

Articolo 593.

Il pignoramento è fatto dall'usciere.

Annotazioni.

Si è voluto demarcare l'abrogazione dell'articolo 707 del Codice piemontese precedente, che diceva: « Il pignoramento sarà fatto per « mezzo d'usciere se il credito non supera le « lire 100; se è superiore, si farà dal segre« tario della giudicatura del mandamento nel « quale deve aver luogo, con intervento del« l'usciere della medesima, e se ne farà con« statare dal processo verbale ».

Articolo 594.

L'usciere, nel fare il pignoramento, deve essere assistito, sotto pena di nullità, da due testimoni che siano cittadini o residenti nel regno, di sesso maschile, maggiori di età, uno dei quali almeno sappia scrivere, non congiunti o affini delle parti o dell'usciere sino al quarto grado inclusivamente, nè addetti al loro servizio.

I testimoni sono richiesti dall'usciere, hanno diritto a un'indennità che sarà tassata dal pretore, ma non possono senza legittimo motivo ricusare la loro assistenza, sotto pena di un'ammenda di lire dieci, che sarà pronunziata dallo stesso pretore.

Annotazioni.

1. Il testimonio all'atto del pignoramento deve avere la qualità di *francese*, dice l'art. 585 di quel Codice; di *nazionale*, prescriveva l'articolo 675 del Codice napoletano. Vi si poteva travedere un concetto d'ordine pubblico, una prerogativa della cittadinanza. Ora vediamo chiaramente che non la è; che invece non si guarda che alla comodità d'interpellare la testimonianza, essendosi persino tolta di mezzo la condizione che si leggeva nell'articolo 708 dell'ultimo Codice: *testimoni nazionali o dimoranti nello Stato almeno da tre anni.*

2. Una grave responsabilità pesa sull'usciere, che ottiene nel nuovo Codice una certa maggiore fiducia; perciò il rapporto di *affinità e parentela* è considerato fra lui e i testimoni, controllori, in certa guisa, della sua operazione (1). Si disputò in Francia se il *commesso dell'usciere* (*clerc*), da lui *logé et nourri*, fosse testimonio legittimo; e si fece buono: la corte di Parigi dichiarò esser testimonio legittimo (14 gennaio 1825). *Non è un domestico*, dicono i chiosatori; il *clerc* è qualche cosa di meglio, ed è meno dipendente. In effetto il *domestico*, che più italianamente si dice nel nostro Codice *addetto al di lui servizio*, viene escluso dal far testimonianza in questo atto.

Articolo 595.

La parte istante può assistere al pignoramento in persona, o col mezzo di mandatario. Le spese di quest'assistenza non sono ripetibili.

(1) Sempre salva la disposizione dell'articolo 41, capoverso 2°.

Articolo 596.

Quando le porte della casa o del recinto, in cui si trovano i mobili da pignorarsi, siano chiuse e non vengano immediatamente aperte, l'usciere le fa aprire e ne fa menzione nel processo verbale.

Lo stesso ha luogo quando occorra di aprire forzatamente porte interne o mobili chiusi.

Annotazioni.

V. Annotazioni all'art. 572.

Articolo 597.

Nel luogo stesso del pignoramento si fa processo verbale, che deve contenere:

1° l'indicazione del luogo, anno, mese, giorno e dell'ora, e delle rimessioni ad altri giorni e ore;

2° il nome e cognome, il domicilio, o la residenza dell'istante, coll'indicazione se sia personalmente intervenuto, o sia stato rappresentato, e in questo caso il nome e cognome del mandatario, la data e la qualità del mandato;

3° il nome e cognome dell'usciere e dei testimoni con l'indicazione dell'età e della residenza di questi ultimi;

4° il nome e cognome, il domicilio, o la residenza del debitore, e l'indicazione se sia stato presente all'atto;

5° la data del titolo e della spedizione di esso in forma esecutiva, e la somma per cui si procede all'esecuzione;

6° la descrizione del modo con cui si è proceduto al pignoramento;

7° l'esatta e distinta descrizione degli oggetti pignorati, e, se vi siano mercanzie, l'indicazione della loro qualità, quantità, peso e misura.

Quando si tratti di gioie e di altri oggetti d'oro o d'argento s'indica il peso di ciascun pezzo e il marchio, e se nel luogo del pignoramento non siavi un peso adatto, questi oggetti sono suggellati e si descrivono nel verbale i suggelli.

Riguardo ai bachi da seta si enuncia il numero e la dimensione dei tavolati e piani, nei quali sono ripartiti, senza che in verun caso possano essere trasportati dal luogo in cui si trovano.

Se si tratti di danaro, s'indica il numero e la specie delle monete;

8° il valore approssimativo degli oggetti pignorati determinato dall'usciere.

Non trovandosi oggetti da pignorare ne è fatta dichiarazione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti se siano presenti, dai testimoni e dall'usciere. Se il pignoramento non sia compiuto di seguito, il processo verbale deve essere sottoscritto a ogni interruzione.

Annotazioni.

1. *In genere della nullità che consegue dalla inosservanza delle formalità prescritte nei pignoramenti esecutivi.*

Se mancano o difettano le forme che si vengono contrassegnando in questo articolo, *il pignoramento è nullo?*

La ricerca, comunque singolare, ha una portata più estesa. Altri osservò giustamente, che le varie e moltiplici formalità che sono imposte nei procedimenti esecutivi non si veggono quasi mai munite della *sanzione di nullità;* nella somma, il dogma dell'articolo 56 non ha mica la più frequente applicazione nel Codice di procedura. Più spesso si ha bisogno di portare la indagine sulla importanza della formalità, sull'indole dell'atto, sul fine a cui intende, seguendo il generale principio sancito nel primo capoverso del suddetto articolo.

Questo principio, che vogliamo ripetere — *possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza* — questo principio non subisce veruna modificazione dal sistema a cui appartiene la disposizione che si pretende violata, io ne convengo; nondimeno potrà da quello desumersi il carattere più o meno rigoroso della disposizione in relazione al proprio oggetto. Il procedimento esecutivo si compone di una serie di garanzie che la legge viene dettando con molta esattezza e quasi con iscrupolo, sì a preservare il debitore da ogni abuso che venisse ad aggravare la sua già infelice condizione, sì ancora a tranquillizzare i terzi nelle loro proposte e nei loro acquisti. Più che mai adunque è bisogno di rispettare le cautele che la legge ha ponderate, e di mantener l'ordine che si è prefisso.

Nè pertanto io voglio significare che ogni formalità sia da tenersi a pena di nullità, e conviene anche guardarsi di non fornire pascolo troppo abbondante agli inesauribili cavilli dei cattivi debitori. Imperocchè si cammina sempre colla distinzione fra *obbligazione morale*, o pur anche disciplinare, e fra *obbligazione giuridica:* quella si appoggia nel rispetto della legalità, che si presume di poter ottenere dalla rettitudine e dalla coscienza dei funzionari di diritto; questa ha la sua base ferma nella decisione irritante della legge, nella sanzione di nullità.

2. *Osservazioni speciali.*

Dal generale scendendo al particolare, l'articolo 597, nelle sue numerose prescrizioni, può essere buon esemplare di quel certo moderato e giusto rigore che si osserva negli atti esecutivi. Non faremo che accennare le formalità che riteniamo indispensabili al processo verbale, restando le altre come obbligazioni morali dell'usciere redattore, la cui trasgressione non importa nullità, ma potrà far luogo, se e come, a riprensioni disciplinari.

È di essenza dell'atto indicare: 1° *il tempo della sua redazione* (anno, mese, giorno); 2° *le persone delle parti* nei loro appellativi principali (nome e cognome); 3° quella *dell'operatore, dei testimoni e la loro residenza*, che fa parte integrale dell'atto; 4° *la data del titolo e della spedizione*, che coarta la identità o impedisce le surrogazioni (1); 5° *la somma; 6° il modo praticato nella esecuzione*, quanto basta per rilevarne la convenienza; 7° *l'esatta e distinta descrizione degli oggetti*. È la maggior guarentigia che possa avere il debitore della loro custodia, conservazione, identità e delle indennità a cui ha diritto. Se la confusione cade nel complesso, il processo verbale sarebbe indubbiamente nullo: se sopra alcuni oggetti soltanto, specialmente di secondaria importanza e valore, terrei si potesse supplire con miglior descrizione, come vengo dicendo nella nota (2); 8° è chiaro che *il verbale di carenza* (1° capoverso del n. 8 dell'articolo) non esiste senza la dichiarazione che ivi è prescritta); 9° la sottoscrizione del processo verbale generale e di ogni processo verbale.

La trasgressione degli altri ordinamenti non è colpita, secondo me, di nullità assoluta, e non distrugge tutta la operazione dell'usciere, benchè possa imporgli qualche modificazione o schiarimento.

Farò un cenno sul *luogo della redazione*, la cui indicazione non ho classificata fra le formalità essenziali. Suppongo che non sia mentovato nel verbale. Il verbale nonostante si presume redatto nel luogo stesso della esecuzione. Come la menzione dell'usciere escluderebbe la prova contraria, così non la esclude il suo silenzio. Ma che verrà, provandosi che il processo verbale non fu redatto nel *luogo stesso?* Se si argomenta dall'interesse che ha la legge affinchè un atto sia composto in una forma piuttosto che in un'altra, quale trasgressione, quale deviazione di forma, non porterebbe nullità? La legge ha sempre uno scopo ragionevole, una veduta, se non altro, di convenienza e di prudenza. Interessa che il verbale sia fatto sul luogo della esecuzione per l'unità dell'operazione, per quella maggior esattezza che è per derivarne, e perchè ogni altra pratica che vi ha relazione sia incontanente eseguita. Tutto ciò è bene; ma non trovo che la redazione *sul luogo* sia per se stessa di essenza del pignoramento. Dirò che avendo dopo queste parole consultato il Carré, ho trovato la conferma della mia opinione (questione 2056, e Chauveau, ivi).

(1) La legge non accenna che *alla data*, *al titolo*, ecc. Era forse più preciso il dire *che dovesse indicarsi il titolo colla sua data;* a ogni modo qui il titolo e la sua data s'identificano, quanto alla necessità di enunciarli.

(2) La descrizione essendo operazione parziale, può venire che in molte parti gli oggetti non siano bene descritti (s'intende in modo da non potersi facilmente scambiare con altri), e in altre parti siano mala descritti o specificati. Il danaro, per esempio, non nominato che pel valore, senza indicare la specie e il numero. In questo e simili casi sarà nullo il processo verbale, o piuttosto l'usciere sarà obbligato a supplire con una sua dichiarazione? Io non ritengo la nullità del pignoramento; e credo si possa supplire con miglior descrizione.

Articolo 598.

Quando l'usciere, presentandosi per fare il pignoramento, ne trovi cominciato un altro, i due pignoramenti sono riuniti.

Se trovi un pignoramento già compito e un custode delegato, fa la ricognizione degli oggetti pignorati, e può pignorare quelli che non siano compresi nel primo pignoramento.

Il processo verbale di ricognizione è notificato al creditore a cui istanza fu fatto il primo pignoramento, e la notificazione importa opposizione sul prezzo della vendita.

Annotazioni.

1. *Del pignoramento comune a più pignoranti.*

Due casi sono in vista: assumere un pignoramento che si trova cominciato da altri, e tentare un pignoramento su quella stessa materia, che fu il soggetto di un altro pignoramento.

Rapporto al primo caso, la legge nuova non diede che questa semplice istruzione: *i pignoramenti saranno riuniti.* Che il secondo pignorante abbia il diritto di compiere egli pure la propria operazione, non è dubbio: solo a questo patto i pignoramenti *possono essere riuniti.* Resta però ancora a spiegare il concetto giuridico della *riunione.* Egli è solamente questo: che il primo pignorante, dall'aver già appreso mobili e cose del debitore, non acquista prelazione di sorta sulle cose apprese, nè facoltà esclusiva di consumare nel proprio interesse la esecuzione: il secondo si addossa, per così esprimermi, sulle stesse masserizie, sugli stessi oggetti che vengono realmente, ed a rigor di parola, pignorati in comune. La parsimonia del dire, che io molto amo, è qui un pochino abusata dalla nuova legge. Mi bisogna ricordare il dettato dell'articolo 735 del Codice sardo del 1859, che io reputo compenetrato nel nostro. « Se il segretario o l'usciere « trova un uffiziale che stia procedendo ad « istanza d'altro creditore *proseguirà congiun-* « *tamente con questo il pignoramento, che po-* « *trà esser esteso al quantitativo di mobili suf-* « *ficienti a largo estimo a soddisfare i due* « *debiti in capitali interessi, spese fatte e da* « *farsi* ». Questo si chiama parlare. Si proseguirà adunque la esecuzione in comune; l'un debito sarà congiunto all'altro, e se ne formerà una somma che si crede poter trovare nel mobiglio del debitore soddisfazione competente. Se un terzo e un quarto sopraggiungesse (come avviene in certi momenti di crisi delle famiglie), nuovi innesti e nuove sovrapposizioni alla prima e iniziale esecuzione.

Se abbiano a compilarsi più verbali. Se i compignoranti mantengano interessi distinti.

Si verrà osservando, trattarsi di pignoramento complesso. Ritengo che si possa fare un solo come più verbali, se ognuno dei pignoranti preferisce di spiegare i fatti della propria storia mutuandosi a vicenda, ossia ripetendo quei fatti che storicamente sono diventati comuni (1).

Dal presentarsi o separatamente o in comune il processo verbale della esecuzione ne verrà una conseguenza importante *rispetto all'estrinseco dell'atto*, chè ognuno risponderà della compilazione sua propria: molto più se i verbali restano separati. Rispetto a quello che voglio chiamare *intrinseco* o *di sostanza*, la responsabilità rispettiva non varia neppure, se uniti. Se per uno dei pignoranti si vede enunciata la somma onde si procede, e per l'altro no; se per uno l'usciere fu sollecito di mentovare il nome del creditore pignorante che venne dimenticato per l'altro, l'unità del verbale nè renderà solidari i pignoranti della nullità (se non in quelle parti in cui la formalità è comune), nè ricoprirà quei vizi che sono singolarmente imputabili. E infine, l'unità del verbale, la stessa unione dei pignoramenti (2) non confonde gli interessi, non associa le ragioni, i diritti, non costituisce, per dir così, l'alleanza dei creditori pignoranti, posto ciò che si disse dapprincipio, che l'operazione è plurale, e si ritiene come fatta da ciascun creditore in conto proprio. Che anzi il loro

(1) Per esempio, sono fatti particolari il titolo del credito, la somma, ecc.; comuni, il modo della esecuzione, gli effetti pignorati, ecc.

(2) Ripetiamolo: *unità* di verbale se vuolsi, ciò è arbitrario. Non *unità*, ma *unione di pignoramenti*, che è diverso.

stesso interesse li pone in certo modo in condizione d'ostilità, supposto che le cose pignorate non bastino a soddisfarli ambidue, supposto che giovi all'uno di cacciar l'altro per non dividere i vantaggi della esecuzione.

Quindi, dato che l'interesse è fonte dell'azione, sarà in quel caso opponibile la eccezione di nullità non meno dal compignorante che dal debitore.

Qui però invito a riflettere, che l'atto di pignoramento non creando mai a favore del pignorante dei diritti prelativi o esclusivi verso gli altri creditori che avranno le qualità opportune per concorrere sul prezzo, quindi è che il secondo pignorante potrebbe limitarsi ad un atto di opposizione, come vedremo nell'ipotesi seguente. Il rendersi compartecipe dell'atto di esecuzione produce questo vantaggio, che può conferire nella custodia delle cose pignorate, ed egli acquista parte attiva nella procedura. Così per contro, annullato a suo pregiudizio il pignoramento, egli ci rimette le spese, perde quei vantaggi, ed è ridotto alla posizione di un semplice creditore opponente.

2. *Del processo di ricognizione a pignoramento eseguito.*

La combinazione della quale siamo venuti sin qui ragionando, non prevista dal Codice francese, presenta una vera *associazione*, una specie di fusione dei due pignoramenti contemporanei. In questa no: avviene tutt'altro. In effetto il secondo creditore che scende nella casa del debitore per oppignorare i suoi mobili, alla vista del pignoramento consumato, rimane interdetto. Egli deve limitarsi alla *ricognizione degli oggetti pignorati* (salvo pignorare quelli che non lo sono stati). Questo si considera *un vero atto di opposizione alla vendita* (Carré, all'articolo 611 del Codice di procedura francese; Boitard, allo stesso articolo, n. 870), e produce gli effetti della opposizione, vale a dire di rendere l'opponente concorrente sul prezzo (articolo 651). Il solo esecutore, l'unico pignorante, colui che ha diritto di continuare il processo esecutivo è quello che ha prevenuto.

Del verbale di ricognizione.

Il processo verbale di ricognizione verifica, senza fare descrizione alcuna, la presenza degli effetti già oppignorati o la loro mancanza; se vi ha custode preposto alle cose pignorate, ne fa menzione.

Se ignora la esecuzione consumata, l'usciere procede *ex integro* all'oppignorazione: ciò è naturale. Ma in tale condizione di cose, *è questo secondo il pignoramento attendibile?* La ignoranza dell'usciere potrà fare che quello che è fatto non sia fatto, e che il pignoramento non sia stato eseguito?

Il Chauveau su questo proposito osserva: « Mais s'il ignore la première saisie, ou même « si, en étant averti, il est dans l'impossibilité « par le refus qu'on fait de lui représenter le « procès verbal, de reconnaître et de distin- « guer les objets qui en ont fait partie, il est « alors autorisé à faire procéder à une véri- « table saisie comme si la première n'avait pas « eu lieu, c'est, en effet, le seul moyen qui lui « reste de préserver ses droits de toute at- « teinte... » (quest. 2078). Sia pure; la mancanza del processo verbale anteriore giustifica, ciò è fuor di dubbio, il nuovo pignoramento, la nuova descrizione, il nuovo verbale, e la nomina di un custode. Tutto questo sta bene; ma se è vero che l'oppignorazione attribuisca dei diritti all'oppignorante, mal si comprende che il primo esecutore, quello cioè che con atto regolare aveva già deposti in mano alla giustizia i beni mobili del debitore, e cominciato il processo della espropriazione, sia per perdere la posizione acquistata pel fatto posteriore di un altro creditore, e senza colpa sua propria. Boitard, completando la dottrina, che per altro non è contrastata neppure dal Chauveau, avverte: « L'huissier du second « créancier, dans son ignorance de la première « saisie, fera sans doute un second procès ver- « bal de saisie, et établira un gardien; tant « que cette ignorance durera, le second saisis- « sant continuera ses poursuites; *mais dès que « la première saisie se relevera, le premier sai- « sissant gardera seul le rôle du poursuivant, et « le second procès verbal, considéré comme pro- « cès verbal de récolement n'aura plus que la « valeur d'une opposition* » (art. 611, n. 870).

Riassumo. *L'atto di ricognizione è una cautela* a cui ha diritto il creditore che tentò e non effettuò il pignoramento sui mobili, trovandolo già preventivamente eseguito. Ignorandosi la preventiva oppignorazione, la seconda è valevole; il che vuol dire che la spesa sarà rifattibile, che il custode apposto sarà legittimamente apposto, che il pignorante si riterrà in possesso di continuare gli atti esecutivi. Ma al manifestarsi di un pignoramento anteriore, il secondo varrà soltanto — *atto di opposizione* — e il creditore che lo consumò non ha più diritto di proseguire, ma senza bisogno di altri atti verrà a concorrere sul prezzo.

Avvertenza. Una profonda separazione ha fatto il Codice fra *atti esecutivi* e *sequestrativi* o *conservatorii*. Tanto profonda, che noi troviamo queste disposizioni collocate lontane e

ai punti estremi del libro (art. 921, 924, ecc.). Se per avventura uno di tali sequestri fosse stato praticato, non farà il minimo ostacolo al pignoramento esecutivo, che solo introduce il vero e diretto processo di esecuzione (Boitard, ivi).

Articolo 599.

L'usciere nomina un custode ai mobili pignorati, il quale sottoscrive il processo verbale.

Quando non sia possibile la nomina di un custode, l'usciere provvede nel modo più conveniente per la conservazione degli oggetti pignorati.

Articolo 600.

Nella nomina del custode l'usciere deve preferire la persona che gli sia proposta dal debitore, purchè la riconosca idonea, ed essa presente all'atto assuma la custodia.

In parità di condizioni deve preferire la persona che assuma la custodia senza trasportare i mobili dal luogo in cui furono pignorati.

Articolo 601.

Non possono essere nominati custodi:

1° il creditore, il suo coniuge, i suoi parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, o le persone addette al suo servizio, senza il consenso del debitore;

2° il debitore, il suo coniuge, i suoi parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, o le persone addette al suo servizio, senza il consenso del creditore.

Annotazioni.

1. Un intervallo non minore di giorni dieci deve trascorrere fra l'oppignoramento e la vendita (art. 624): il legislatore ha studiato il modo di temperare al debitore il danno della sua posizione, senza mancare d'altro lato alle cautele necessarie alla conservazione degli oggetti pignorati.

2. *Facoltà dell'usciere.*

La legge confida all'usciere il giudizio della *idoneità* del custode, vale a dire della sua *probità, solvibilità* e *capacità* (1). Vi è un grande abbandono di fiducia nel pubblico ufficiale preposto a questa grave operazione. Se questo mezzo, il più facile, il più economico, il meno gravante, quello che la legge preferisce ad ogni altro, non si offre all'usciere, o egli lo reputa insufficiente, ha dalla legge stessa illimitata la facoltà di *provvedere nel modo più conveniente alla conservazione degli oggetti pignorati.* Quindi potrà collocarli in una stanza della stessa casa sotto i sigilli, o invocare dall'autorità la guardia di qualche agente e individuo della forza pubblica, o farli trasportare altrove consegnandoli al magistrato.

Per quelle cose alla cui custodia provvede espressamente la legge, cessa la facoltà dell'usciere. L'articolo 604 gl'impone *di depositare* nella cancelleria *il danaro, i titoli di credito*, ecc.

3. *Responsabilità dell'usciere.*

Cominciamo dal dire che in ogni caso in cui concorre il *creditore* a sancire la nomina, l'usciere è liberato da ogni responsabilità. I giuristi scesero persino a disputare se poteva nominarsi guardiano una donna (Lepage, quest., pag. 402, 403; Dalloz; Thomine, ecc.); e passi anche per una donna qualvolta il creditore ne sia persuaso e vi consenta. Del resto se il creditore non interviene, è impossibile esonerare da responsabilità l'usciere in primo luogo per quei fatti pei quali non ha facoltà, per quei fatti che la legge vieta, come sarebbe la nomina delle persone eccettuate dall'articolo 601. Che la nomina di tali persone faccia cadere in nul-

(1) Che sia uomo *sui juris* per rispondere alle obbligazioni che assume in faccia alla legge.

lità il pignoramento, non si può ritenere. Le corti di Francia hanno deciso in vario senso questo punto di questione; ma a noi basterà osservare, che la custodia è atto semplicemente accessorio e succedaneo della esecuzione; che avendo per fine di assicurarne l'effetto, non è perciò di essenza dell'atto. La violazione per altro della legge, pure non ammettendo che una colpa lata ed escludendo il dolo dell'usciere, gl'imporrebbe la più estesa garanzia per qualunque anche minimo danno che ne derivasse al creditore. In questo adunque la responsabilità dell'usciere è certa e piena.

Se la persona del custode è legale, si offre allora, quanto alla responsabilità dell'usciere, una controversia più delicata. L'ammetterla o il negarla non è senza pericolo. Nell'un caso può dirsi che se teniamo l'usciere sotto quell'incubo, e nella paura delle conseguenze che gli possono derivare dalla scelta della persona del custode, egli che è libero di non nominarlo e di non accettarlo, preferirà sempre i mezzi di conservazione più sicuri e insieme più onerosi all'oppignorato contro le umane previsioni della legge. Se per contro lo liberiamo dalla responsabilità, potrà fare a capriccio, favorire il debitore nelle sue mire meno oneste, compromettere a suo grado l'interesse del creditore; per imprudenza, senza dolo di proposito, ma con quella leggerezza con cui opera chi sa di non dover render conto del fatto suo. Dico *senza dolo*, perchè allora la questione sarebbe finita: non vi sarà alcuno che voglia sostenere che l'usciere, come ogni altro pubblico ufficiale o privato, non debba rispondere del dolo.

La giurisprudenza non si è mai bene fissata su questo punto. Le questioni si sono presentate principalmente sulla garanzia delle *solvibilità del custode*, che in vero è la qualità più interessante. La corte di cassazione francese (18 aprile 1827, *Journ. Av.*, t. XXXII, p. 257), e qualche corte d'appello, dissero che l'usciere è responsabile e della *moralità* e della *solvibilità* del custode da lui nominato. Le decisioni sono poche e leggiere: gli autori non vanno d'accordo. Carré è persuaso che la solvibilità del custode non sia richiesta se non quando il custode è proposto dallo stesso oppignorato. L'usciere non troverà facilmente uomini disinteressati e possidenti che si prestino ad una incombenza non grata e non scevra di esposizioni personali. Egli suole prescegliere taluno di sua fiducia, uno di quelli che fanno anche il mestiere se vuolsi, e ne percepisce un salario. Questo autore ragiona per esperienza (nota alla quest. 2052). Così pure il Thomine. Per contro Pigeau sta più coi principii: dice che ogni pubblico ufficiale che ha una missione dalla legge deve adempirla sotto la responsabilità dei propri atti; se l'usciere ha scelto uno insolvibile, notoriamente tale, male per lui (*Comment.*, tom. II, p. 189). Come per solito accade, dai vari partiti si viene indebolendo la teoria di maniera che in fine si scarica sulla pratica: in pratica si vedrà se veramente l'usciere sia colpevole di una vera e grave imprudenza, accogliendo il primo che capita, un tristo soggetto, un miserabile a rigor di parola, senza verun precedente che lo raccomandi; come, per esempio, sarebbe l'abitualità in quelli che in certo modo ne fanno professione, e sono gente provata. *La responsabilità insomma e della moralità e della solvibilità si ritiene;* specialmente se manchi e l'uno e l'altro requisito. Ma si ritiene non come una conseguenza pura e semplice dell'ufficio dell'usciere, ma in concorso di circostanze speciali che lo costituiscano in colpa lata, in una negligenza ingiustificabile.

4. *Il processo verbale è sottoscritto dal custode* (articolo 599). *Questione, se mancando la sottoscrizione, il processo verbale sia nullo.*

L'oggetto di questa sottoscrizione è molto diverso da quello che si annette all'art. 597. Per quelle segnature l'atto di pignoramento riceve la sua perfezione e la sua sanzione. Tutto ciò che vien dopo è accessorio; se le cose oppignorate vanno disperse e trafugate; se per cause estranee l'atto non può conseguire tutto il suo effetto, non resta meno per se stesso compiuto e valido! È dunque un'irregolarità che può bensì esporre l'usciere a gravi conseguenze, ma non annulla il verbale di pignoramento. In questo senso (sotto l'impero del Codice di procedura francese, non punto diverso, art. 599). Carré e Chauveau, questione 2057, Thomine, tom. II, pag. 113, e in generale la giurisprudenza posteriore al Codice.

Il processo verbale non è nullo, ma la questione è se esista un custode, se ci sia un contratto, se essendosi in fatto assunta da taluno la guardia delle cose pignorate, abbia costui delle obbligazioni e quali. Effettivamente il contratto di mandato, di cui la custodia è una specie, si forma colla sottoscrizione del verbale. La dottrina francese è disposta a non riconoscere nel guardiano di fatto un vero custode nel senso legale; crede potersi esonerare dall'emenda dei danni ed interessi (Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n. 121), e ben anco dalle pene comminate dal Codice penale (cas-

sazione francese, 12 novembre 1844; Dalloz, *Recueil*, anno 1845, tom. I, pag. 166).

Io sono d'avviso che questo guardiano possa considerarsi come un custode precario e momentaneo, non avendone assunto formale impegno, cosicchè possa ritirarsi in ogni tempo; ma che per il tempo che dura la sua gestione, abbia tutti i doveri e le responsabilità di un custode.

Articolo 602.

Quando occorra la surrogazione del custode, vi si provvede dal pretore, sentiti il creditore pignorante, il debitore, e lo stesso custode, osservate le norme stabilite nei due articoli precedenti.

Gli oggetti pignorati sono riconosciuti dall'usciere, chiamati il creditore, il debitore, il custode precedente, e quello che gli sia stato surrogato.

Nel processo verbale di ricognizione non si fa nuova descrizione degli oggetti pignorati, ma sono distintamente indicati quelli che manchino.

Annotazioni.

La revoca, surrogazione o esonerazione, nel custode non procedono con regola fissa; tutto dipende dalle circostanze che il giudice locale saprà bene considerare. Il custode dei beni pignorati è un agente giudiziario a disposizione del giudice, ma non può essere revocato o surrogato se non dal giudice, eccettochè pignorante e pignorato non vadano d'accordo (articolo 1874 del Codice civile). L'usciere infatti non può metterci le mani; egli ha compiuto e deposto l'ufficio suo. Questa stessa surrogazione può esser soggetto di disputa. Verificandosi il caso dell'articolo 598, non è impossibile che l'uno e l'altro usciere che procede simultaneamente alla esecuzione, nomini un custode. Una di tali nomine dovrà revocarsi. Così anche la revoca, in questo ed in altri casi, è ufficio del giudice.

Articolo 603.

Il custode deve adoperare per la conservazione degli oggetti pignorati la cura di un diligente padre di famiglia, e rendere conto dei loro proventi.

Non ha diritto di conseguire salario se non sia stato concordato fra le parti, o, in caso di contestazione, stabilito dal pretore.

Non può usare, affittare, od imprestare gli oggetti pignorati, sotto pena della perdita del salario, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Del salario del custode.*

Pone l'articolo 1876 del Codice civile: « La « destinazione di un deposito giudiziale pro« duce fra il sequestrante e il depositario vi« cendevoli obbligazioni. Il depositario deve « usare per la conservazione delle cose se« questrate la diligenza di un buon padre di fa« miglia. — Deve presentarle tanto per sod« disfare il sequestrante colla vendita, quanto « per restituirle alla parte cui sono state fatte « le esecuzioni in caso di revocazione del se« questro. — L'obbligo del sequestrante con« siste nel pagare la mercede stabilita dalla « legge, o in mancanza dall'autorità giudizia« ria ». Questa disposizione della legge civile può venire in conferma della presente, e rischiararla ove bisogni. Il *depositario* di un sequestro giudiziale, e il *custode* del pignoramento, checchessia della maggiore o minore estensione o durata dell'incarico, hanno comune la qualità della funzione, l'indole della obbligazione e la responsabilità da cui sono vincolati. Sul diritto del salario o mercede, in genere parlando, nessun dubbio. Mancando una espressa sanzione nel Codice di procedura francese, il diritto del salario del custode, che ivi prende nome di *depositario*, non era meno solidamente fondato nell'art. 1962 del codice Napoleone.

Se non che, laddove nella legge civile si enuncia chiaramente *il dovere del sequestrante di pagare la mercede al depositario*, la giudiziaria lascia dubitare chi sia il debitore del salario: se il creditore pignorante o l'oppignorato; o se in fine il peso ricada sul prezzo graduabile, come spesa privilegiata di giusti-

zia, secondo l'articolo 1936, nº 1, del Codice civile.

L'usciere rappresenta l'interesse del creditore, ed è il vero suo mandatario nell'opera dell'esecuzione. Il custode da lui nominato è adunque come fosse nominato dal creditore, verso il quale soltanto ha l'azione del salario: così armonizzano le due disposizioni del Codice civile e della procedura. Ma sull'oppignorato ricade la spesa, su lui che vi ha dato causa obbligando il creditore agli atti di esecuzione, su lui mentre per lo minore incomodo suo è deputato un custode. Il creditore che anticipa il salario al custode è plenamente guarentito dal privilegio, essendo certo che anche questa spesa è prelevata sul prezzo come spesa di giustizia (Boitard, num. 860).

Per altro, se la redazione del nostro articolo è esatta, il primo capoverso esprimerebbe una modificazione della nuova legge. La precedente sarda, nell'articolo 722, scriveva: *Egli* (il custode) *ha diritto di conseguire il salario, che in difetto d'accordo verrà arbitrato dal tribunale.* Invece il nostro testo comincia dal *negare il diritto.* Poi lo concede in due casi: di accordo intervenuto *fra le parti*, ossia fra il custode e il creditore, o l'usciere per lui; e di ordinamento del giudice. Sembra dunque che per chieder salario non basti aver sostenuta la custodia, ma debba eziandio risultare l'animo, il proposito di voler esser pagato quando la si assunse. Un uomo non solito a locare la sua opera, un amico di famiglia, un uomo agiato, potrà credersi aver voluto prestare servizio gratuito, perciò a sciogliere il dubbio del salario interviene il giudice. Non nego che tutto questo appare come in nebbia; e principalmente per opposizione coll'antico dettato, tanto preciso. La regola del diritto civile, che ha sì perfetta analogia, ci farà propensi a ritenere la giustizia della retribuzione.

2. **Questione.** — *Se il custode delle cose pignorate sia obbligato alla loro conservazione e rappresentazione non solo rispetto al creditore oppignorante, ma eziandio rispetto agli opponenti.*

Seguita nell'interesse del creditore munito di titolo esecutivo la oppignorazione, continuano gli atti di espropriazione nell'interesse di lui, onde sul prezzo della vendita realizzare il proprio credito. Perchè dunque non potrà egli accomodarsi col debitore, abbandonar gli atti o limitarne la entità, rilasciando allo stesso debitore parte dei mobili pignorati e liberando quindi il custode o depositario dalla esposizione relativa?

L'ostacolo che si eleva contro la libera disponibilità di un processo da lui medesimo iniziato o condotto, nasce da questo, che via facendo non è più solo; incontra dei compagni che anche suo malgrado vogliono fare il viaggio con lui, e si propongono niente meno che di dividere, e fors'anche di appropriarsi intero il frutto dell'opera sua.

Questi compagni più o meno molesti sono altri creditori che si trovano in misura di concorrere sul prezzo.

La ragione del concorso riposa sul principio che la presa del pegno non trasferisce diritto di proprietà nel procedente, come non ispoglia il debitore; che i creditori hanno quindi ugual diritto di esser pagati sul prezzo secondo la qualità e quantità dei rispettivi crediti; che il creditore oppignorante non acquista neppure un diritto di prelazione; di fatti come mai potrebbe averlo acquistato? Col prevenire gli altri creditori nell'apprensione del pegno, e così instaurando il giudizio esecutivo? Ma è chiaro che la istituzione di un giudizio non fa che aprire l'arena in cui i diritti devono essere deliberati, e non equivale per se stessa a un diritto.

Vi sono adunque, o vi possono essere, degli altri creditori, assurgenti per compartecipare del prezzo, che prendono una posizione più o meno vantaggiosa nel processo di fronte all'oppignorante.

Intanto riteniamo che può venire un momento in cui il creditore pignorante non sia più libero di disporre delle cose pignorate, benchè il pignoramento sia stato eseguito nel suo proprio interesse, e potesse anche non farlo.

Ora esaminiamo questo momento importante della procedura. Ma prima diamo uno sguardo alle questioni che sono nate su questo soggetto: ciò tornerà utile per meglio comprenderlo.

La questione parte da un fatto che bisogna supporre: dalla *opposizione* che qualche creditore abbia elevata a termini di legge (articolo 646). L'opposizione può esser presentata *prima e dopo la vendita.* Se fu presentata *dopo la vendita*, è manifesto che non rimane altra disputa possibile che sul prezzo. Ma se l'opposizione precede la vendita, mentre i mobili esistono ancora sotto custodia, è in questa condizione di cose che si agita il problema sulla efficacia della opposizione, *onde rendere ai creditori comune il pegno;* in conseguenza di che il creditore oppignorante è evidentemente privato del diritto di disporre delle cose che lo compongono, e sarebbe costretto a seguire i creditori opponenti sino alla consumazione del pegno, sino alla distribuzione del prezzo.

Consultando la giurisprudenza anteriore al Codice di procedura francese, noi troviamo un deciso favore per quella opinione che sostiene l'associazione del pegno mobile per forza di opposizione di creditori, precedente la vendita. Basta solo citare il Pothier, l'ultimo e il più illustre dei commentatori anteriori (*Trattato della procedura*, part. IV, cap. II, § 3). Secondo quella legislazione, com'egli attesta, era necessario citare gli opponenti nel giudizio di vendita, sotto pena di nullità. Il Pigeau si fece campione per sostenere la stessa dottrina sotto l'impero del Codice (tom. II, p. 200). Il Carré vi aggiunge il suo voto ben autorevole. « Supposons, dice il secondo, que quelques uns de « ces créanciers aient mis opposition avant la « vente, opposition qui, comme on le sait, ne « porte que sur le prix de cette vente. Pigean « dit bien *que par cette opposition ils deviennent parties dans la saisie, et que le saisissant ne peut plus en disposer au préjudice de l'opposant* » (quest. 2063). Adottato che il creditore opponente è associato al pegno, ne consegue colla maggior evidenza, che il custode o depositario degli effetti dove rispondere non al solo oppignorante, ma eziandio agli altri creditori; che non gli gioverebbe aver ottenuto da quello assoluzione, ma dovrebbe riportare gli effetti per essere venduti, per quanto l'oppignorante non avesse più ragione d'insistere per essere stato pagato.

Il Chauveau nega ai creditori semplicemente opponenti la partecipazione del pegno; il suo argomento si appoggia principalmente sull'articolo 612 della procedura francese per il quale si richiede e *titolo esecutivo* e *atto di ricognizione*, affinchè sia lecito a un concreditore di surrogarsi all'oppignorante nella prosecuzione degli atti esecutivi. Malgrado ciò, egli è persuaso che, *rispetto alla rappresentazione degli effetti pignorati*, il custode sia tenuto verso tutto i creditori *che fecero opposizione prima della vendita*, « encore qu'ils ne « se soient pas rendus parties par un récolement » (questione suddetta, e questione 2085 bis).

La ricerca che abbiamo istituita sulla *responsabilità del custode* ci ha condotti in questo esame, che meglio converrebbe al diritto della opposizione stanziato nell'articolo 646. La nostra opinione è quella del Chauveau. Vi è differenza fra il diritto di surrogazione al creditore oppignorante e quello della opposizione. Sui requisiti che occorrono per esercitare il primo, non possiamo restare in dubbio dinanzi l'articolo 575 già esaminato. Comprensione materiale nel pegno mediante concorso primitivo o atto di ricognizione nel termini dell'articolo 598. Per conseguenza possesso di titolo esecutivo. L'opposizione ha piuttosto un *carattere negativo*, una virtù conservatoria; la quale basta affinchè lo stato delle cose non sia alterato per volontà dell'oppignorante o dell'oppignorato, quantunque non basti perchè in realtà la vendita abbia effetto. Perchè, ritirandosi l'oppignorante, abbia effetto la vendita, sarà d'uopo che taluno dei creditori opponenti proceda in conformità dell'art. 575; adempita alla quale condizione egli acquista qualità di compignorente e di associato al pegno (*V.* anche le ANNOTAZIONI all'art. 646).

3. *Sul possesso delle cose pignorate nell'intervallo che precede la vendita.*

Un'antica legge attribuiva al depositario o guardiano una vera immissione in possesso (art. 15, tit. XIX dell'Ordinanza del 1667). La severità di questo metodo fu mitigata nelle nuove procedure, talchè non si parlò più d'immissione in possesso, senza escluderla per altro qualora per la condizione delle cose si rendesse inevitabile. L'istituzione del guardiano, vegliante sulla conservazione degli effetti, nonmeno che sulla condotta del debitore che continua a goderne, provvede al caso più frequente di oppignorazione caduta su cose d'uso giornaliero; così il possesso continua nel proprietario. Ma vi son ben altre cose che non si devono lasciare in mano sua, e allora un vero possesso, della natura di quello che ritiene il depositario, è attribuito al custode. Se masse di frumento sono pignorate sui granai, e botti di vino o d'olio nei magazzini del debitore, queste e altre cose che si consumano coll'uso non devono restargli in libertà: il guardiano non avrebbe altra missione che di assistere alla loro consumazione. Egli ritirerà le chiavi dei magazzini e de' granai, e sarà un vero possesso. L'articolo 603 già suppone il possesso del custode, dacchè gli ingiunge *di render conto dei proventi*, e gli proibisce di affittare e servirsi in alcun modo degli effetti. Questo diritto di possesso nel custode è anche considerato dagli autori (Carré, questione 2055; Pigeau, *Commentaire*, tom. II, pag. 191; Favard de Langlade, tom. V, pagina 39, ecc.).

4. *Dell'arresto personale contro il custode.*

La teoria dell'arresto personale ha ricevuto una importante modificazione dalla nuova legge civile. « L'arresto personale, diceva l'ar- « ticolo 2100 del Codice albertino, *ha luogo in* « *virtù della legge, ed il giudice non può di-* « *spensarsi dal pronunciarlo* ». Un ordine di arresto impersonalmente pronunciato dalla

legge, e subito come un dovere, dalla sentenza del magistrato, aveva un'apparenza di durezza, d'inflessibilità che non era, io credo, totalmente nella intenzione, perchè in effetto non si tendeva che a rimuovere l'indulgente arbitrio del magistrato, dati i casi preveduti dalla legge. In vero ella è questa la efficacia di ogni sanzione penale (1); e non ve ne ha alcuna che miri ad usurpare sul giudice il dominio del fatto. Contuttociò quella forma quasi assoluta doveva imporsi nelle menti, ed esercitarvi una pressione poco propizia alla libertà del giudizio. Il nuovo legislatore lo ha sentito, e ne abbia la debita lode. Ora si è detto così: « L'arresto personale non può essere ordinato che sulla istanza della parte « interessata nei casi e nelle forme determi- « nate dalla legge », e la clausola imperativa è stata omessa (articolo 2093). Confrontando poi gli articoli che vengono classificando gli eventi nei quali la sanzione sarà applicata, è facile scorgere nella nuova redazione un fare più largo e in qualche modo più liberale; e messo in un rilievo apprezzabile il dolo e la mala fede che devono verificarsi nell'agente.

Il custode o depositario degli effetti pignorati non può sfuggire a questa misura di rigore, dovendosi ritenere la sua posizione compresa nella sanzione dell'art. 2094 del Codice civile. Ma il semplice fatto della custodia assunta e della non presentazione degli oggetti non basteranno, ove possa in qualche maniera giustificarsi. Il nostro articolo 603 passa in silenzio, e tacitamente si riporta alla legge normale. Certo è che la istanza della parte deve precedere (art. 2093 suddetto), e il giudice rilascia l'ordine d'arresto *causa cognita*.

Ogni interessato può fare la istanza; fra i quali *i creditori che hanno fatto opposizione regolare prima della vendita*, per quei diritti che nelle precedenti osservazioni abbiamo mostrato ad essi competere.

Articolo 604.

Una copia autentica del processo verbale nella parte contenente la descrizione dei mobili pignorati è, sul luogo del pignoramento, consegnata dall'usciere al custode, se questi la richieda: l'originale è depositato nella cancelleria del pretore nel giorno stesso della sua data, o al più tardi nel giorno successivo.

L'usciere deve depositare nella cancelleria il danaro e qualunque titolo di credito pignorato, le gioie e gli oggetti d'oro e d'argento, per i quali non siasi potuto trovare un custode, o se per la loro importanza non siasi giudicato conveniente di consegnarglieli.

In fine del processo verbale e sulla presentazione che gliene è fatta dal cancelliere, il pretore, a istanza del creditore, provvede per la vendita in conformità del capo VI di questo titolo.

Annotazioni.

1. Ordina l'articolo 601 del Codice civile francese che se la esecuzione mobiliare viene eseguita al domicilio del debitore, gli sia immediatamente (*sur-le-champ*) notificata copia del processo verbale; assente, se ne dia copia al sindaco o al magistrato, a quel magistrato che per rifiuto avrebbe fatto atterrare le porte: lo stesso ordinamento s'incontra nell'art. 691 del cessato Codice di procedura napolitano e nell'art. 696 del Codice sardo del 1854. Nel 723 di quello del 1859 si lesse invece, ed ora si ripete, che *una copia autentica del processo verbale... sarà consegnata dall'usciere al custode se questi la richieda....*, e così per due conformi e recenti legislazioni venne soppresso il precetto della notificazione del processo verbale al debitore, che parve ad alcuni tribunali e giuristi un fatto sì necessario da concludere, qualora omesso, la nullità del pignoramento.

Sono andato cercando colla lente fra i sottili avvedimenti del legislatore un surrogato, un compenso a questa che a me pure sembra mancanza gravissima. Il processo verbale *è sottoscritto anche dal debitore, se presente*, ecco quanto si argomenta dall'ultimo capoverso dell'articolo 597. *L'originale è depositato in cancelleria*, giusta il prescritto dell'art. 604.

(1) Dichiaro che nella presente applicazione la formola non è del tutto esatta; ma intendo usare una espressione generica.

Questi saranno mezzi di cognizione al debitore; la legge se ne contenta.

2. Senza bisogno di citazione, il pretore, curante il cancelliere, *in fine del processo verbale* assegna giorno, ora e luogo in cui seguirà la vendita, tenendosi ai disposti degli articoli 623 e seg. Neppure di questo *provvedimento* è imposta notificazione; il debitore ne sarà poi formalmente avvertito colla notificazione del bando (articolo 631).

Articolo 605.

Quando la vendita degli oggetti pignorati non si faccia nel giorno stabilito, il custode può chiedere di essere esonerato, citando a quest'uopo davanti il pretore il creditore pignorante e il debitore.

Se sia accordata l'esonerazione, si procede alla surrogazione del custode, osservate le disposizioni dell'articolo 602.

Annotazioni.

Non so se questa disposizione imbarazzante meritasse di esser conservata. Chi accetta la custodia delle cose pignorate deve intendersi averla assunta sino alla vendita. Gravi motivi per ritirarsi dall'impegno assunto ce ne possono essere, devono prendersi in considerazione; ma il semplice differimento del giorno della vendita, che d'ordinario è assai breve, non pare argomento di sostanza. Intanto si dovrà, se così piace al custode, intromettere sul termine della procedura un giudizio con citazione delle parti; e tuttavia riman dubbio *se sarà accordata l'esonerazione*, secondo il capoverso di questo articolo.

Abbiamo più d'un rimando. L'articolo c'invia all'articolo 602; e questo agli articoli 600 e 601. Tutto ciò importa che sarà per ordinanza del pretore delegato un usciere (possibilmente quello stesso che ha proceduto all'esecuzione), il quale usciere di conserva col creditore, col debitore, col custode precedente e col novello, si porterà nel luogo ovè sono custoditi gli effetti *per farne la ricognizione* o verificazione. Se tutto è in regola, il nuovo custode subentrerà al primo senza difficoltà; ma se ci fosse del disordine, se degli oggetti mancassero o si trovassero manomessi e guasti, non sarà facile il sostituire, e sulla soglia della vendita può prevedersi una lite.

Il rinvio che vien fatto all'articolo 601 significa la esclusione delle persone ivi classificate, e sta bene. Ma sappiamo ancora che vuol essere applicato pure in questo caso l'articolo 600. Il richiamo di tale disposizione ci fa persuasi che, *se al giudice appartiene il decretare la esonerazione, e quindi la surrogazione* (secondo le osservazioni all'articolo 602), *è nell'ufficio dell'usciere delegato nominare la persona del nuovo custode.* Similmente sarà dell'usciere il provvedere per la sicurezza degli oggetti, nè sarà privato della facoltà che egli ripete dall'art. 599, *quando non sia possibile la nomina del custode.* Insomma l'ufficiale esecutore ripiglia, mediante la delegazione del giudice, le attribuzioni di cui è investito dalla legge, perchè sono inerenti al carattere della sua funzione; essendo poi manifesto che il pretore risolverà le contestazioni che potessero nascere.

CAPO IV.

DEL PIGNORAMENTO DEI FRUTTI NON ANCORA RACCOLTI O NON ANCORA SEPARATI DAL SUOLO.

Articolo 606.

Il pignoramento di frutti non ancora raccolti o separati dal suolo si fa dall'usciere.

Questo pignoramento, salvo le disposizioni del capo presente, è regolato dalle disposizioni del capo precedente in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. *Quali sono le disposizioni del Capo precedente a questa maniera di esecuzione applicabili?* Breve: lo sono tutte, meno il 596, e meno le modificazioni che ricevono gli articoli 597 e 604. Ricordiamo inoltre la regola relativa stabilita dall'articolo 589.

2. È una specie del *pignoramento mobiliare*, con alcuni caratteri convenienti e propri all'indole sua. Se i frutti si trovassero staccati dal suolo, si avrebbe una vera e pretta esecuzione sul mobili. *I frutti della terra e degli alberi non per anco separati e raccolti dal suolo* sono *immobili*, secondo l'articolo 411 del Codice civile, e sono *mobili*, secondo l'art. 606 della procedura Vi è meno contraddizione di quella che pare. La legge civile considera i frutti *nella loro condizione di permanenza sul suolo;* e di fatti gli istituti che vi applica nel giro della sua dizione, contemplano tutti il momento di permanenza di questo stato di cose (1). La legge di procedura, regolando una operazione che ha per fine di disporre dei frutti stessi, contempla invece la prossima trasformazione che vanno a subire mediante la divisione dal suolo. La legge di procedura insomma li considera come già separati dal suolo, non essendo la loro apprensione o sequestrazione che una cautela ed uno espediente onde preservarli dalla dispersione.

Per contro i mobili, naturalmente tali, se idealmente congiunti coll'immobile; i concimi, paglie, sementi, gli animali, gli aratri e gli altri istrumenti d'istruzione, ricevono qualità dalla loro destinazione, e non sono pignorabili che coll'immobile; onde il singolare feomeno giuridico, che la unione fittizia e metafisica è più tenace e più consistente che la fisica e naturale (*fructus pendentes pars fundi videntur*). Si eccettua il caso del n° 1 dell'articolo 586, già esaminato a suo luogo. Quella relazione potente, e nel suo scopo utilissima, che rinnisce certi mobili all'immobile per farne un ente compiuto e abile al proprio oggetto industriale, cessa allora per una ragione più forte; per lo rispetto della moralità del debito. Diventano adunque quei mobili pignorabili separatamente, ma non mai come produzioni, non mai come frutti propriamente, quantunque possano esserlo (2); ma essendo in effetto stati già divisi dal suolo, si considerano per quello che sono e nella effettiva loro natura di mobili, senza relazione col suolo.

Noi abbiamo dunque: 1° cose immobili, che nel tempo prossimo alla loro naturale mobilizzazione si reputano mobili per l'effetto del pignoramento; 2° cose mobili, che unite all'immobile dal pensiero previdente dell'uomo, seguono, generalmente parlando, il destino dell'immobile; 3° abbiamo inoltre delle cose immobili, perchè naturalmente unite alla sostanza o alla sua causa, la terra (*frutti pendenti*), che, quantunque staccate, continuano mentalmente e per provvidenza dell'uomo a ritenersi immobili. Tale è l'ordine che vien posto dall'articolo 2085 del Codice civile. Così il legislatore *modifica le relazioni di natura secondo i propri fini;* nel *primo caso* non si vede innanzi che una pura e semplice modalità, e non vi è ragione di sottoporre alle dispendiose formalità della esecuzione immobiliare, cose che non si verranno a realizzare se non nella condizione di mobili; nel *secondo caso* si ha interesse che il fondo non sia, per dir così straziato a brani, ma si trasporti da una mano all'altra con tutti i suoi mezzi di attività, con tutti i suoi accessorii; nel *terzo caso* (come vedremo a suo luogo) la immobilizzazione dei frutti non fa che segnare il momento in cui cessa la disponibilità del proprietario, onde si aumenta il valore dell'immobile e il prezzo da distribuirsi ai creditori.

3. *Se siano da ammettersi le limitazioni dell'articolo* 585.

Ricordando le discussioni che vennero fatte su questo argomento avanti la commissione del Senato per introdurre nel Codice, che allora si stava costruendo, e fu attivato nel 1855, le norme equitative del Codice di Ginevra (3), ricordando che quello proposte furono respinte; e ritenuta la conformità delle legislazioni successive, pare che l'articolo 585 sia rimasto a regolare la sola esecuzione sui mobili e non patisca estensione. È vero: l'oppignorato può mancare d'ogni ben di Dio, nel restargli che quel misero ricolto che gli viene rapito. Ma ciò è di una rarità estrema: possidente, ben-

(1) Se cade questione sui frutti attaccati al suolo, si considerano immobili per la competenza (articolo 7, *Delle disposizioni precedenti il Codice civile*) I frutti attaccati al suolo si ricuperano coll'immobile: ne fanno parte. Sono colpiti d'ipoteca coll'immobile.

(2) Le paglie, i fieni che dovranno servire alla nutrizione degli armenti agricoli sono pur essi prodotti del suolo. (Vedi il mio commento al Codice civile intorno a quegli articoli).

(3) Articoli 495, 496 di quel Codice.

chè piccolo, non avrà mobili in casa, qualche risorsa *per vivere un mese*, perchè l'art. 585 non esige mica di più? *Ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur* (onde in ciò non convengo coll'esimio Scialoia, *Commentario*, vol. I, part. I, n° 505).

4. *Del pignoramento dei frutti di un fondo goduto a titolo d'usufrutto.*

Se al tempo del pignoramento vive l'usufruttuario, che non è più al mondo quando viene il momento di tagliare i frutti, il *pignoramento si risolve* (1) e cessa. Nessuna questione innanzi all'articolo 480 del Codice civile, che del resto è il lucido riflesso dei principii che governano la materia dell'usufrutto. Io colgo l'argomento per raffermare una definizione di sopra posta. Ho detto che il pignoramento dei frutti, benchè cada effettivamente su cosa immobile, si reputa mobiliare *in quanto i frutti che si contemplano nella naturale trasformazione che gli aspetta*, anzichè nello stato presente, che è di semplice sequestro e cautela.

Articolo 607.

Il processo verbale del pignoramento deve indicare la qualità e la natura dei frutti pignorati, la situazione e il numero di catasto o delle mappe censuarie, oppure due almeno dei confini del fondo in cui i frutti si trovano, l'estensione approssimativa di ciascuna parte del medesimo, e, trattandosi di frutti di alberi, il numero di questi.

Annotazioni.

Il difetto di alcune delle indicate formalità non produrrebbe nullità se non rendendosi per esso incerta la identità del fondo.

Articolo 608.

Quando siano pignorati i frutti in diversi fondi vicini o formanti un solo corpo di coltivazione, è nominato un solo custode.

Annotazioni.

Potrebbe nominarsi anche più d'un custode, ma non caricarsi al debitore che la spesa di un solo. Avvertasi che la legge parla di *fondi vicini* o *formanti un sol corpo di coltivazione.*

Articolo 609.

Il processo verbale del pignoramento è depositato nella cancelleria della pretura, nella cui giurisdizione è situata la maggior parte dei fondi.

Articolo 610.

Il pretore, in contraddittorio del creditore e del debitore, autorizza, secondo le circostanze, la vendita dei frutti o mentre sono pendenti, o dopo che siano raccolti.

Nel primo caso si procede alla vendita dei frutti pendenti, secondo le disposizioni del capo VI di questo titolo.

Nel secondo caso il pretore può autorizzare il custode a venderli privatamente.

Annotazioni.

1. Il Codice francese procede, per dir così, all'ingrosso in questa materia della vendita dei frutti pignorati. Secondo ciò che si desume da quegli articoli 629 e 630, si vende il raccolto come sta, il raccolto pendente sul campo; il che può eseguirsi passati soli otto giorni dal pignoramento. L'interesse del debitore, meglio curato da legislazioni più recenti, consigliò di

(1) Non è *nullo* il pignoramento, come alcuni dicono: in origine è valido, sotto l'aspetto d'una sequestrazione.

non legarsi ad un metodo esclusivo; e nel nostro articolo vediamo riprodotte le delicate combinazioni già avvisato dal Codice di Ginevra (articolo 731), e affidata la esecuzione alla prudenza del giudice locale. La vendita della raccolta pendente non ha il suffragio di una buona economia, additando la esperienza che il prezzo che si offre non corrisponde quasi mai alla realtà; vi è dell'aleatorio, vi s'intromette la speculazione commerciale. Ma i vantaggi del metodo opposto possono venire frustrati dalla spesa di custodia e dai pericoli che ci sono. I luoghi, i tempi, il commercio del paese, e la maggiore o minore quantità ed estensione della materia oppignorata ed altre circostanze daranno consiglio, onde quel buon padre di famiglia, che è il giudice, si risolva al migliore partito.

2. *Quanto alla vendita dei frutti* pendenti siamo rinviati al sistema ordinato nel capo VI. L'intervallo dei dieci giorni fissato dall'articolo 624 dovrà pure attendersi colle precauzioni suggerite dall'articolo stesso. Il giorno, il luogo preferibile, è additato nell'art. 626.

Tagliate le messi e raccolto il prodotto, fatta la vendemmia e pigiate le uve, niente osta che non si possa tenere lo stesso sistema della vendita pubblica: anzi questa è la regola. Il metodo della vendita privata è una vera eccezione, e il giudice dovrà usare tutto il suo senno, e scrutare come il custode meriti tanta fiducia. L'assunto è grave, e molta è la responsabilità di questo mandatario giudiziale.

Anzi, nasce dubbio se la legge sia completa, se non vi sia sottinteso il diritto dell'oppignorato di concorrere o di sopravegliare le sue operazioni. L'oppignorato è tuttavia il proprietario. Si ritiene dal Carré con piena ragione; che trattandosi di eseguire la messe o la vendemmia in condizione di sequestro, il sequestrato, che è tuttavia in possesso, benchè limitato, possa procedervi, ma non senza averne fatta intimazione all'oppignorante ed al custode; e l'oppignorato non curandone, lo stesso diritto abbia il creditore, previa autorizzazione del giudice, e colla relativa intimazione all'oppignorato (Carré e Chauveau, quest. 2123).

CAPO V.

DEL PIGNORAMENTO DI BENI MOBILI PRESSO I TERZI, E DELL'ASSEGNAMENTO DI CREDITI IN PAGAMENTO.

OSSERVAZIONI GENERALI

L'oggetto e la sistemazione di questo titolo segue l'ordinamento del Codici sardi; e mantiene quindi la sua indipendenza dal metodo francese (1). La prima differenza fra codesti sistemi si è, che noi comprendiamo in un titolo e assoggettiamo a forme analoghe tanto i sequestri dei crediti semplici *ed effetti del debitore esistenti presso un terzo* (2), quanto *delle rendite costituite sopra terzi*, che in quel Codice forma un titolo a parte. L'altra e più grave differenza consiste nella qualità e nel carattere del sequestro o pignoramento, che, secondo noi divisiamo, è una vera e propria esecuzione procedente da titolo esecutivo come ogni altra, e quindi non partecipa di quell'indole conservatoria che rende ambiguo l'istituto francese; il che porta un certo cumulo di prescrizioni e di ordinamenti che fanno, più che altro, complicazione ed ingombro. La parte elevata e razionale della differenza è in ciò, che l'istituto francese (noto col nome di *saisie-arrêt*) è molto importuno e ostile al diritto di proprietà, poichè potendosi, per ogni velleità e pretensione di credito non giustificata da titolo esecutivo, impri-

(1) Le procedure di Parma e Modena si accostarono di più a quest'ultimo, senza seguirlo totalmente, come fece quello di Napoli.

(2) Traduzione ufficiale dell'epigrafe del Tit. VII, Libro V, Parte I del Codice di procedura per il regno d'Italia

mere un vincolo alle ragioni creditorie del debitore si creano facilmente posizioni imbarazzanti, e si attraversa il giro degli affari, quando poi, nell'inevitabile giudizio di *conferma*, il credito potrebbe trovarsi infondato, o torbido, o insufficiente ad una esecuzione, e risolversi in un conato col solo effetto di una sospensione ingiusta e di un inutile dispendio. Se si fosse avuto spesso questo coraggio di scostarsi dai francesi, ho fede che sarebbe andata meglio! Noi non manchiamo però di spedienti conservativi; che anzi può dirsi che il nostro Codice ne abbonda. È stato scritto appositamente nel Titolo IX, Sezione II del Libro seguente un ordinamento che (a parte la sua giacitura, che ha l'aria di appendice) provvede in modo competente ai *sequestri conservativi*. Ho voluto fare in principio questo ricordo di legislazione comparata, perchè la non poca influenza che esercita anche in questo tema fra noi la giurisprudenza francese, non ci apporti confusione, che del resto si cercherà di tor via nell'esame alquanto sviluppato che verremo facendo di questo grave subbietto.

Articolo 611.

Il pignoramento di mobili e di crediti presso terzi è fatto per atto notificato al terzo e al debitore nella forma delle citazioni.

L'atto deve contenere:

1° L'enunciazione della somma dovuta, del titolo in forza del quale si procede, e della sua spedizione in forma esecutiva;

2° L'indicazione almeno generica dei mobili che sono presso il terzo, o delle somme da questo dovute;

3° Il divieto al terzo di disporre, senza ordine di giustizia, della cosa pignorata;

4° L'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza, a norma dell'articolo 563;

5° La data della notificazione del precetto fatto precedentemente al debitore, o della sentenza nei casi indicati nell'articolo 565;

6° La citazione del debitore e del terzo a comparire davanti il pretore del mandamento, in cui il terzo ha la residenza o il domicilio, acciocchè esso dichiari i mobili che presso lui si trovano o le somme da lui dovute al debitore, e questi, se voglia, sia presente alla dichiarazione e agli atti ulteriori.

Annotazioni.

I.

1. È un vero *pignoramento*, come indica la nomenclatura e il sistema di cui fa parte, cioè della *Esecuzione dei beni mobili*. Oggi si legge pensatamente aggiunto nell'epigrafe: *e di assegnamento di crediti in pagamento*, che il miglior scrittore della materia, il Roger, diceva mancare alle definizioni esibite da' suoi confratelli (*De la saisie-arrêt*, num. 1) (1).

2. *Nozione del terzo.*

Questa specie di pignoramento è distinta dalla esecuzione sui mobili, sin qui trascorsa, in quanto vi s'intromette *un terzo* debitore del debitore. Quando è che si ha da fare con un terzo, e quando è che il supposto detentore degli effetti pignorabili è il debitore medesimo nel suo rappresentante? Insegna Roger: « Ce « ne peut être qu'aux rapports existants entre « eux. Lorsque ces rapports sont de telle na-

(1) Senza perdire di rispetto al tecnicismo del linguaggio, che è una delle qualità indispensabili dello stile forense, non rinunciamo all'usare talvolta la parola *sequestro*, che è tanto peculiare al soggetto; ma siamo già intesi che non si tratta di *sequestro conservativo*, a cui la nuova legge l'ha specialmente dedicato.

« ture qu'on doive les considérer l'un et l'un-« tre comme un seul et même individu, le « détenteur ne saurait alors être un tiers » (n. 17). L'amministratore, l'agente, il cassiere, il preposto a riscuotere nell'interesse del proprietario, non sono terzi: si confondono colla persona stessa del debitore; agiscono per lui, e sono suoi dipendenti; ad esso locano i propri servigi, vincolati in una obbligazione continua ed abituale. Ciò stesso non si dirà dei mandatari, dei commissionari, dei banchieri, di un negoziante che deposita in loro mano titoli e valori. Il gerente di una società è pure un terzo rimpetto ai singoli individui di essa società, se si consideri il loro privato interesse messo in collisione con quello dell'ente sociale. Queste ed altre distinzioni ci vengono porte dal Bioche, dal Roger e dal Dalloz, e sarebbe facile continuarne la serie. Ma a quale profitto? Vediamolo.

Lo scopo della ricerca consiste in ciò, che se i *beni mobili*, i danari, i titoli di credito sono in mano allo stesso debitore o a chi s'identifica colla persona di lui, *ha luogo il procedimento secondo le norme del Capo III* (già trascorso); se invece il detentore è una persona diversa, quella che qui chiamasi *un terzo*, allora ha luogo il procedimento secondo le norme del presente Capo V. Ecco una questione che sembra muovere da una teoria giuridica, e finisce in un metodo di procedura. Io non sono molto proclive a ritenere su questo punto il criterio di Roger. Esso involge controversie che assolutamente non possono forsi quando si tratta di sapere se una esecuzione è regolare o no. *Il debitore del mio debitore è sempre un terzo* per gli effetti di questo modo di esecuzione. Sia un commesso, un agente, un mandatario, un fattore, un esattore per conto suo, poco monta. Basta che il detentore materiale di ciò che vuolsi apprendere non sia lo stesso debitore.

La legge parla di *crediti* e parla di *mobili* o *effetti materiali* detenuti da terzi. Ebbene, facciamo anche noi la stessa distinzione. Quanto ai primi, non si può ammettere la seguente dottrina del Roger: « Il sera souvent difficile « d'apprécier si l'individu employé par le dé-« biteur est son mandataire ou son préposé; « mais cette difficulté ne détruit pas la jus-« tesse de la distinction faite (n. 16), *et il ne « faut pas moins admettre qu'on peut agir en-« tre les mains d'un préposé par voie de saisie-« exécution; et qu'on doit saisir par voie de « saisie-arrêt entre les mains d'un mandataire « du débiteur* » (n. 23). La difficoltà che l'autore ammette, e che dovrebbe incontrarsi a tutto rischio dell'eseguente, già basterebbe alla censura di un tale sistema. No; in fatto di crediti: quando si tratta non di apprendere cose materiali, ma di *esercitare un'azione*, il *terzo* c'è sempre, e bisogna agire alla maniera del presente capitolo.

Se parliamo di *mobili*, havvi una diversità che si fa pure sentire in altre combinazioni di questa procedura. Ma neppur qui, a parer mio, è questione di titolo; con quale autorità ricevuta dal proprietario, per quale ragione giuridica, il detentore dei mobili debba rispondere al mio debitore: la questione è semplicemente di detenzione o possesso materiale. *Se i mobili sono in casa del mio debitore*, benchè nei quartiere abitato dall'agente, dal fattore, da qualche altro dipendente, estendendosi il possesso del proprietario a tutta la casa, alle sue adiacenze, all'orto e giardino annesso formanti l'insieme dell'edifizio, i mobili potranno essere pignorati, *tamquam corpora*, indi venduti colla via semplice e spedita del terzo capitolo. Ma se i mobili *sono fuori del possesso e della disponibilità materiale del debitore;* se altri li detiene, sia quale si vuole la causa della detenzione, o il rapporto fra il detentore e lo stesso debitore, non possono pignorarsi che sotto forma di sequestro (pignoramento) in mano a terzi; tanto più che il solo possesso *in fatto di mobili*, com'è noto, vale titolo, e impone al pignorante o vendicatore l'obbligo della prova contraria (1).

3. *Crediti pignorabili.*

Premesse queste necessarie distinzioni, ripetiamo che fin qui non si tratta che del modo di procedere.

Si viene ora a parlare della *materia del sequestro*.

È facile a vedere che se il debitore non ha a sua volta un credito verso il terzo, svanisce la materia del sequestro. La esistenza del *credito pignorato* è sempre un problema per l'oppignorante; egli non prende in mano cose palpabili e materiali; egli esercita in certo modo, per gli effetti utili, l'azione del suo debitore, ignorandone fors'anco il fondamento giuridico: il terzo potrà di botto provargli di

(1) Non si deve neppure confondere l'*oppignoramento dei mobili presso terzi*, che suppone la proprietà del debitore, *colla rivendicazione*, che suppone la proprietà dell'esecutore, e di cui si fa ragione nel Tit. IV, Capo 1, *Della consegna dei beni mobili*.

non aver debito. Sotto questo aspetto adunque nessuna teoria può formarsi. La teoria non può esercitarsi *a priori* che: 1° *intorno al rapporto di debito e di credito che può esistere fra il mio debitore e il terzo, ritenute le condizioni giuridiche che si trovano avere l'uno rimpetto all'altro*; 2° *intorno alla condizione di sequestrabilità che può avere il credito stesso.*

Il tema compreso nel primo capo non ha, si può dire, confini. Bisognerebbe cercare attraverso la infinità delle specie giuridiche quando esista una obbligazione che il sequestrante possa volgere a proprio profitto: ad ogni caso pertanto una teoria. In generale due regole possono stabilirsi, alle quali faremo succedere gli esempi relativi. *Che* il sequestratario sia tenuto di rispondere all'azione di pagamento verso l'oppignorato, che si suppone il suo creditore. *Che* il sequestrante stesso sia fornito di azione attualmente esercibile.

Pendente la tutela, si possono forse oppignorare in mano al tutore i crediti dell'amministrazione pupillare? Non vi è rapporto di debito e di credito fra tutore e pupillo prima dell'epoca del rendiconto. Può un creditore del fallimento fare un sequestro in mano del sindaco? Ma le azioni individuali sono entrate nella massa, e il sindaco non amministra che per conto comune.

Parleremo *della condizione di sequestrabilità* con alcune suddistinzioni.

L'esame può farsi sotto diversi aspetti. O il credito è insequestrabile *per sua natura;* tale sarebbe quello degli alimenti, di cui si trattò a suo luogo: o il credito non è sequestrabile *per ragione del debitore.* Non si sequestrano, almeno colle forme del Codice, le somme dovute dallo Stato, o finalmente il sequestro si esercita sopra supposti diritti non certi, non liquidi, ma condizionali, eventuali o dipendenti da contestazioni giudiziali.

Su questi bisogna fermarsi un poco, e porre attenzione.

Dichiaro che qualcuna di queste osservazioni anticipa sul discorso che dovrà farsi sugli articoli 619 e 620.

Ogni diritto, ogni azione che è nel patrimonio del debitore, è pignorabile, purchè cessibile ed alienabile. Così ogni diritto condizionale avente causa nel presente, ogni diritto eventuale suscettivo di estimazione. Sarebbe contro ragione che un'azione, un diritto che rappresenta un valore, e che in effetto è una facoltà economica del debitore, non potesse apprendersi (sotto forma di pignoramento di cose mobili) e vendersi all'asta a soddisfazione del creditore. Ma la materia sequestrabile presso terzi ha dei limiti. È d'uopo che ci sia un debitore del debitore, presente, attuale, tenuto a rispondere del debito. Ne segue che se il mio debitore non ha che un credito condizionale o eventuale, il mio sequestro andrà in dileguo, poichè il terzo risponderà, con ragione, di non essere debitore.

Non così se il debito del sequestratario è certo, benchè la scadenza non sia ancor giunta. È palese che la posizione del sequestratario non è per soffrire la menoma alterazione; egli non pagherà che alla scadenza se il debito è a termine, non pagherà che al verificarsi del termine. L'interesse della questione non riguarda che il creditore sequestrante e l'oppignorato. Se il vincolo del sequestro si estende ai crediti futuri, il primo è favorito di una più lata guarentigia; la posizione del secondo si fa peggiore. Ma non è più controversia dopo le disposizioni degli articoli 619 e 620.

Nelle due prime contingenze è chiaro che il sequestro è nullo; e in ordine alla terza, il sequestro sarebbe vano e privo di effetto; poichè, come si osservò superiormente in tema analogo, non esisterebbe *un terzo* debitore del debitore.

4. *Credito per soddisfacimento del quale si procede alla esecuzione.*

Vista la materia od oggetto del sequestro si torna, ma per breve tratto, sulla *causa* della esecuzione, ossia sul credito a cui è attribuita questa efficacia, i cui caratteri o requisiti devono essere l'*autenticità del titolo esecutivo*, la *certezza e liquidità*, secondo la regola statuita nell'articolo 568.

Poco resta da aggiungere a quello che si disse intorno al detto articolo.

È noto che in Francia, prima del Codice, erano in uso i sequestri esecutivi per crediti da provarsi *pour causes, moyens et raisons à déduire en temps et lieu;* il che bastava a vincolare al creditore l'esercizio dell'azione, finchè fattosi attore non procacciasse di far respingere la domanda; inconveniente contro il quale alzava il grido una ragionevole critica in Francia, e protestava l'oratore del governo, Réal; onde poi nacque l'ordinamento del Codice nell'articolo 551. Ma è stato pure da noi avvertito, che a questa specie di pignoramento non era punto mestieri un titolo autentico; era sufficiente uno scritto privato; che anzi, senza possedere nè l'uno nè l'altro, valeva per tutto l'*autorizzazione del giudice* (articolo 558). E questo procedeva dalla confusione che si era fatta fra *sequestro esecutivo* e *conservatorio*, onde la istituzione mescolata di siffatti

elementi emergeva poco distinta persino nelle dottrine. L'articolo 551 aveva subito una modificazione che sembrava distruggerlo; modificazione che del resto era necessaria a voler congiungere in un solo regolamento sì diversi istituti. Bisogna convenirne; l'idea si è chiarita nelle seguenti applicazioni, sì per la più netta separazione delle due forme di sequestro, e sì per aver dato a condizione del sequestro conservatorio il *fatto del pericolo* (articolo 924), onde gli è fornito il suo vero carattere.

Secondo quel sistema, che continuava però a ritenere la necessità di *un credito certo e liquido*, il criterio della certezza non poteva essere desunto che dalla qualità e natura stessa del credito, anzichè dal suo stato estrinseco (1), talmente che ogni specie che si presentava alla discussione reclamava un criterio di certezza particolare e proprio, dipendente dal suo modo di essere e dalle circostanze. Correva, è vero, qualche massima che sembrava tener luogo di principii; così soleva dirsi: *credito certo esser quello che è incontestabile, quantunque possa essere contestato* (2): ma in fatto l'emistichio non era molto risolvente in pratica; valga fra le altre la tesi tanto agitata *se il credito risultante da una sentenza appellata* potesse far diritto al sequestro. Sebbene la comune opinione respingesse un pignoramento poggiato a sì dubbio titolo, tuttavia non manca qualche voto autorevole che concede al giudice la esorbitante facoltà di scandagliare attraverso l'appello la giustizia della pretesa, e in ragione di essa permettere il sequestro (Roger, numero 66; Chauveau, quest. 1928). Tanto nell'ordinamento francese è vaga quella che nonostante si vuol chiamare *certezza del credito!*

Quanto a noi, fondamento del *pignoramento presso terzi* essendo il *titolo spedito in forma esecutiva*, la certezza del credito, in ordine alla *causa*, è assicurata; comunque lo stato del credito possa presentare dubbiezza o per la sua illiquidità o per le eccezioni che sia ancora costretto a sostenere (3).

Di codesto stato specifico d'illiquidità e delle opposizioni che possono ancora farvi contrasto, si discorse all'articolo 568, ove s'insedia la regola. Pare se ne sia detto quanto può richiedersi nella sobrietà che ci è prefissa. Ricordo soltanto al completo confronto dei due sistemi che, nel francese, se l'autorizzazione del giudice non indietreggia per la formale contestazione del credito, meno si sgomenta per la illiquidità, non ostante la quale è nell'arbitrio di lui concedere il sequestro (Roger, n. 104).

5. *Del sequestro sopra se stesso.*

Un debitore che nello stesso tempo è creditore del suo debitore, *può fare un sequestro nelle proprie mani*, con o senza il permesso del giudice? (sistema francese).

Roger ha detto: « Cette question est une « des plus controverses ». Noi però la trascorreremo rapidamente, al solo fine di mettere ancora in rilievo la diversità dei sistemi e cavarne qualche utile osservazione a meglio comprendere il nostro.

Il quesito suppone la *liquidità del debito* e la *illiquidità del credito*, mentre, se debito e credito fossero liquidi ambedue, nascerebbe la compensazione *ipso jure*, e la questione sarebbe finita. Che il possessore del credito non liquido (ma che riteniamo senza grave difficoltà liquidabile) abbia un interesso in questa manovra, si argomenta da ciò che, vincolando il credito di Tizio suo creditore al proprio, impedisce che sia ceduto, impedisce ch'egli eserciti prontamente la sua azione, ed egli si mette in grado di fare intanto liquidare il proprio credito, e venir maturando la eccezione della compensazione (4).

Una prima eccezione si è tratta dall'ordine della procedura, eccezione prediletta specialmente dal Berriat, che non vede possibile l'applicazione del metodo del Codice dove non esista un terzo debitore ma si tratti di operare sopra se stesso.

Dirò che tale eccezione di forma sembra essere stata dissipata. La confusione di persona è tolta moralmente dalla separazione degli interessi. D'altronde se il debitore non potesse vincolare in mano propria la somma, gli sarebbe fatta una condizione deteriore a quella di ogni altro creditore che può pignorare gli effetti del suo debitore in mano al terzo, debitore di lui.

Il Carré vuol mostrare che questa obbie-

(1) Mi spiegherò un po' più avanti.

(2) Roger, num. 54. Il giudice autorizzante doveva *persuadersi della incontestabilità*, ossia della inutilità delle opposizioni che fossero per elevarsi contro quel credito; poco importando del resto che delle opposizioni venissero fatte.

(3) La *causa del credito* è ciò che vi ha d'intrinseco e d'essenziale. La *illiquidità* non concerne che la quantità; le eccezioni che si possono opporre, come quelle di pagamento o di compensazione, non fanno che confermare la originale sussistenza del credito.

(4) Che nella ipotesi si presume fondata in causa anteriore. Vedi Annotazioni all'art. 612, n. 2.

zione non è vera. E ragiona così: « Ou la » créance et la dette sont liquides, ou elles ne » le sont pas. Dans le premier cas, on se fait » compensation par la seule force de la loi » entre la créance et la dette, jusqu'à concur- » rence, s'il n'y a point en de saisie-arrêt ou » d'opposition de la part d'un autre créancier » du saisi. Dans le second cas, si le tiers saisi » est débiteur, il faut qu'on se hâte de la faire » liquider. Si d'autres créanciers du saisi de- » mandent de ce qu'il doit dans l'instance en » validité, il fournira cette déclaration, mais » il établira en même temps, ou par un inci- » dent séparé, le fondement de sa créance. Le » saisi et les autres créanciers l'avoueront ou » le contesteront. S'ils l'avouent, tout sera ter- » miné; si le saisi paye d'une main, de l'autre » il prendra part à la distribution. Si la créance » est contestée, le tribunal prononcera; si la » créance est privilégiée, il fera valoir son pri- » vilége; si elle est primée par les priviléges » d'autres créanciers, il en souffrira, mais c'est » inévitable. *On ne saura donc admettre qu'en » mettant une saisie-arrêt sur soi, celui qui est » tout-à la-fois débiteur et créancier, mais » créancier d'une somme non liquide*, et qui ne » peut pas par cette raison se compenser de » plein droit, *puisse par cette formalité exclure » les autres créanciers de venir réclamer la dis- » tribution de ce qu'il doit. A quoi peut donc » servir aujourd'hui une saisie sur soi?* » (Nota all'articolo 558)

Il Carré pone queste proposizioni: se il credito è liquido, il debitore è liberato per via di compensazione; se il credito è illiquido, potrà farlo liquidare onde resistere nel concorso ad altri creditori; e infine, sequestro o no, la sua condizione rimane la stessa sì rimpetto al debitore, che agli altri creditori.

In ordine alla legislazione il sequestro sopra se stesso, nelle condizioni del quesito storicamente esaminato, non è possibile; in condizioni diverse sarebbe inutile.

Perchè *non è possibile?* Perchè nella nostra ipotesi, che Carlo sia debitore liquido e certo di Tizio, nello stesso tempo chè è creditor suo ma incerto ed illiquido non potrà mai per questo suo credito praticare pignoramento nè sopra di sè, nè sopra altri mancando di titolo esecutivo.

Sarebbe poi *inutile*. In altri termini, egli assegue lo stesso vantaggio difendendosi dal debito in via di eccezione. È liquido il suo credito? La compensazione è di diritto. È illiquido? Se provato in genere, se non difficilmente liquidabile, potrà ottenere convenienti riguardi dalla equità del giudice, secondo le circostanze; è un credito ipotetico, contestato, di laboriosa dimostrazione? Nulla gli varrebbe perchè intanto non dovesse soddisfare il debito liquido e certo.

6. *Come il pignoramento delle somme ed effetti in mano del terzo sia fondato nell'azione personale del debitore.*

Se il mio debitore non può esercitare azione personale contro il terzo, io pure mancherò di azione agli effetti dell'indicato pignoramento. Perchè io tendo a surrogarmi nel posto del mio debitore; io ne esercito i diritti quasi per una cessione tacita delle sue ragioni nascente dal dovere di adempiere alla sua obbligazione; e in tanto io posso sperare soddisfazione dal terzo, in quanto egli sia veramente debitore del mio debitore.

Ne segue che se il mio debitore abbia *non azione personale ma reale* contro il terzo, perchè possessore di uno stabile a suo favore ipotecato, egli non potrebbe pignorare le somme dovute dai debitori di questo terzo; e quindi neppur io potrei eseguire un pignoramento di questa sorta.

Condotti dall'ordine del discorso in così serio argomento, consideriamolo un momento dal suo lato più semplice, dal lato cioè del creditore immediato.

a) Il creditore ipotecario non può pignorare le somme dovute dagli affittuari, per es., dal terzo possessore del fondo. Egli non può che istituire l'azione ipotecaria a termini di legge. Solamente risoluta la ipoteca e realizzata sul prezzo, conseguisce utile collocazione, e non volendo usare del diritto della rivendita (articolo 718), il creditore può pignorare le somme dovute dai debitori dell'aggiudicatario (corte di Colmar, 26 febbraio 1851; cassazione francese, 16 maggio 1854, Roger, numero 124). L'aggiudicatario è divenuto *debitore personale*.

b) Il *fideiussore*, non solidale, può respingere il sequestro praticato sopra di lui dal creditore finchè il debitore non si opponga al pagamento del debito. Ma giunta la scadenza, e resistendo costui alla obbligazione, il creditore (che noi supponiamo munito di titolo esecutivo in forza di atto pubblico) può colpire di sequestro il fideiussore; sequestro che rimane provvisoriamente valido, quantunque possa il fideiussore costringere il sequestrante alla escussione del debitore principale (Dalloz, *Répert.*, v. *Cautionnement*, num. 178 e 179, e Roger, num. 125). La corte di Bordeaux decise in questo senso a favore del cessionario di un credito che aveva stipulato un ricorso in garanzia contro il cedente (9 luglio 1813,

Bioche, *Dictionnaire*, v. *Saisie-arrêt*, n. 18). Decise invece la corte di Liene (1° giugno 1844) che il sequestro non poteva così precocemente praticarsi a carice del fideiussore che aveva espressamente stipulato il beneficio della escussione del debitore principale.

Secondo la nostra legislazione più severa in fatto di pignoramento, crederei doversi rispettare il diritto del fideiussore semplice (articole 1907 del Codice civile); per conseguenza non potersi pignerare prima di averlo diffidato, onde gli sia dato campo ad esercitare il diritto di opposizione ch'egli ripete dal seguente articolo 1908. Il precetto che dev'essere notificato prima di ogni esecuzione (articolo 562 della procedura) varrebbe appunto codesta diffidazione; cosicchè possedendo il creditore un titolo esecutivo, potrebbe pignorare i mobili o le semme dello stesso fideiussore che in congruo intervallo non avesse fatta la opposizione adempiendo alla prescrizione dell'articolo 1909 dello stesso Codice civile.

7. *Se si possa esercire pignoramento* (sequestro) *a carico di un quarto.*

Primo, creditore di Secondo, pignera in mano di Terzo le somme a costui dovute. Ma non basta. Trovando che Quarto è debitore di Terzo, estende a lui il pignoramento. Ecco cosa dice a questo proposito il Pigeau, la cui opinione io adotto: « Non seulement je puis « arrêter sur mon débiteur, mais je le puis « sur débiteur de mon débiteur. Ainsi, après « avoir arrêté entre les mains du tiers saisi, « je puis, *si sa dette est exigible, saisir, arrêter* « *sur lui entre les mains de son débiteur*. Car « mon débiteur ayant ce droit, je puis l'exer- « cer, après l'article 1166 du Code Napoléon, « en observant, bien entendu, les formalités « qu'observerait mon débiteur, créditeur im- « médiat » (*Comment.*, tom. II, pag. 454).

II.

Osservazioni speciali sull'articolo 611.

1. Le combinate disposizioni degli articoli 562, 563 e 577 dànno le norme del *precetto* che deve farsi al *debitore*: l'atto descritto nell'art. 611, dedicato alla cognizione del *terzo*, obbliga il creditore a ripetere alcune delle enunciative già risultanti dallo stesso precetto, ed anche a qualche nuova formalità.

2. *Indicazione delle somme e dei mobili.*

Si noti che la legge non ingiunge punto che si debba indicare per quale titolo il terzo sia debitore. Noi possiamo bene ignorare i precisi rapporti di debito e di credito che esistono fra il nostro debitore e un terzo. Il Regolamento romano (§ 1207) esentava il sequestrante anche dalla enunciazione generica; che infine si riduce ad una opinativa, ad una credenza che non ha il menomo valore a fronte della dichiarazione che sarà per fare il sequestratario. Sembra essersi voluto in qualche modo prevenire le intimazioni troppo azzardate e capricciose. Si è fatto dello imbarazzo: niente altro. *Mobili in genere.* Dividendosi i mobili in molte specie, s'intende che io possa additare piuttosto dei quadri, delle biancherie, degli ori e delle gemme, che del vino, del grano, delle pecore e dei cavalli. Ma *somme in genere* non posso enunciare che senza indicazione nè di quantità nè di causa; somme qualunque. La formalità che si esige in questo *numero* potrà facilmente eludersi con una di quelle clausole abbondanti che si maneggiano così bene dai pratici. Non ammetterei veruna *precedura preliminare* per avere dal terzo una dichiarazione anticipata, avvegnachè suggerita dal Carré, dal Pigeau e anche da Scialoia (*Commentario*, vol. v, part. I, num. 578).

3. *Elezione o dichiarazione del domicilio.*

Se già è stato eletto nel precetto (art. 563) non occorre più che la *dichiarazione*. Si può osservare che questo articolo provvede alla esecuzione diretta sui mobili dei debitori, mentre il *terzo* potrebbe vivere in ben lontano paese; ma è evidente, sì per lo spirito che per le parole della legge (detto articolo 563, capoverso 1) che il creditore deve scegliere in luogo opportuno a coloro a carico dei quali si opera la esecuzione. Ivi è detto chiaramente *che il domicilio si elegge nel comune in cui deve procedersi, o in quello in cui ha sede la pretura nella cui giurisdizione si trova quel comune* (perchè una pretura può comprendere più comuni). E dov'è che si procede se non nel luogo dove abita il terzo, che si percuote con una vera e propria azione personale, attesa una specie di surrogazione o cessione tacita del suo creditore diretto? E ciò sta in evidente relazione col disposto del n. 6 dell'art.. Perciò, ove nel num. 4 si dice *elezione* o *dichiarazione di domicilio e residenza*, intendi *dichiarazione*, ossia conferma del domicilio e residenza naturale, ovvero del domicilio eletto nel precetto, *se è nello stesso comune;* se no, convien fare una nuova elezione.

4. *Delle nullità che possono seguire dalle trasgressioni dell'articolo* 611.

L'osservanza non è guarentita da sanzione di nullità. Ma è fuor di dubbio che fra le forme più o meno caratteristiche dell'atto ve ne ha, e sono la maggior parte, di essenziali

e indeclinabili: e sono quelle senza cui pignoramento in mano al terzo non si effettua. Imperocchè trattandosi di creare un vincolo, e in effetto una obbligazione nuova nel terzo, vincolo che nello stesso tempo si estende, si allarga, anche ad altri creditori che vengono a risentirne come il contraccolpo nell'esercizio delle rispettive azioni, d'uopo è che l'atto comprenda *tutto quel complesso di cognizioni e di ingiunzioni* che sono necessarie a costituirlo.

L'interesse di opporre la nullità può esser vario, se guardisi il debitore o il terzo; il Chauveau pone la questione in questi termini: « Parmi les formalités de saisie-arrêt, les unes « sont intrinsèques, relatives au fond et cons- « titutives en quelque sorte de saisie-arrêt; « *celles-là intéressent également le débiteur et* « *le tiers saisi*. Si elles n'ont pas été observées, « le débiteur peut s'en prévaloir pour faire « lever l'obstacle qui s'oppose à la rentrée de « ses fonds; le tiers saisi le peut aussi pour « justifier les payements qu'il aurait faits mal- « gré l'opposition... mais d'*autres formalités* « *sont extrinsèques*, c'est-à-dire qu'elles sont « uniquement introduites pour donner de l'au- « tenticité au fait dont l'exploit est la contes- « tation, pour établir d'une manière certaine « que le tiers saisi a reçu l'avertissement qui « doit lui lier les mains. Telle est la remise « aux personnes au domicile; telles sont, en « général, les formalités communes à tous les « exploits dont l'observation est requise dans « ceux de saisie-arrêt » (quest. 1939 bis). Dalla quale separazione e nel fatto delle formalità e nel modo di considerarle, si deduce per qualche scrittore (Roger, num. 382) che il terzo solamente, come ha l'interesse, così ha il diritto di opporre la nullità che riguarda la notificazione dell'atto.

Osservo di passaggio che due diverse maniere di eccezioni conducenti all'annullamento dell'atto, e amendue personali e relative, possono concepirsi. Un atto può essere nullo o inattendibile per una parte, e non per l'altra, in quanto o la formalità trasgredita sia stata creata *per il solo favore e in contemplazione di una di esse*, o in quanto la eccezione sorga non dall'atto stesso, ma *piuttosto da qualità personali delle parti*, che nella loro speciale condizione hanno diritto di non riconoscerlo. La irregolarità della notifica di una citazione sarebbe eccezione *de jure tertii*, quando non si allegasse da colui che sarebbe stato irregolarmente notiziato, e che può anche rinunziarvi. Esempio della seconda ipotesi può esser questa, che un minore, fatto maggiore, abbia diritto proprio ed esclusivo di allegare la nullità di una citazione che gli fu spedita nel tempo della sua minorità.

Il Chauveau dopo avere enunciate quelle distinzioni colle parole da noi trascritte, conclude diversamente dal Roger, e crede che il debitore abbia diritto di opporre ogni nullità, *attesochè ne ha l'interesse*.

Il *diritto dell'interesse*, mi si permetta questa formola nuova, non è sempre ben definito dagli scrittori di cose giudiziarie. L'interesse *è condizione dell'azione*, in quanto senza interesse non si ha azione, ma l'interesse non è quello che produce l'azione; replico, esso ne è solamente la condizione (1). È vero, il debitore ha interesse nell'annullamento dell'atto sequestrativo per una ragione qualunque; ha interesse di opporre che la notifica fatta al sequestratario è irregolare perchè non eseguita al suo vero domicilio e simili, ma se ha l'interesse, non ha il diritto (2).

Il terzo sequestratario o pignorato può dedurre questa speciale nullità che lo riguarda, purchè non sanata, secondo gli art. 190, 191.

Ma rispetto alle formalità che il Chauveau chiamava *intrinseche*, non avrà il terzo diritto di opporne le trasgressioni? Gli autori rispondono del no, dal caso in fuori che il terzo non abbia fatto dei pagamenti, e perciò abbia acquistato interesse a distruggere l'atto sequestrativo al quale avrebbe contravvenuto (Roger, num. 383; Chauveau, quest. suddetta; Scialoia, *Commentario al Codice sardo*, vol. 5, part. 1, n. 587).

Io ho in qualche nota superiore toccato della singolare posizione in cui potrebbe trovarsi il terzo sequestratario che fosse nello stesso tempo debitore e creditore del debitore pignorato. Senza dubbio in questo caso

(1) Che io abbia interesse di far passare nel mio patrimonio la proprietà di un altro, si dimostra da se; ma sta a vedere se io ne abbia il diritto.

(2) Quindi accettiamo la dottrina del Roger, meno la formola. « Cette nullité n'existe que dans l'inté- « rêt du tiers saisi seul, et nous ne voyons pas « pourquoi le saisi pourrait la relever, lorsque le « tiers ne l'invoque point ». È vero che l'interesse di una regolare ed esatta notificazione è solo del terzo; al debitore però non può negarsi l'interesse di fare cader l'atto e sciogliere il sequestro. Perchè questo interesse del debitore sarebbe meno attendibile che quello del terzo? *Egli è perchè il primo soltanto è contemplato dalla legge*, che si dice ottimamente essere scritta a favore del citando.

dovrebbe considerarsi come altro concreditore pignorante od opponente; e tutte le eccezioni di nullità gli sarebbero aperte. Convengo che mero depositario o detentore della materia pignorabile (come sarebbe altrimenti?) non viene ammesso ad eccepire trasgressioni e violazioni *che non fossero per influire sulla sua posizione medesima*; e in questo senso credo doversi modificare la teoria comune.

Mi spiego. L'attore non ha dichiarato il suo domicilio, non lo ha enunciato nell'atto di pignoramento. Se contestazioni possono sorgere fra lui e l'oppignorante (articolo 614), come non avrà diritto il terzo di opporre la mancanza di un fatto, per la quale mancanza deve sottostare a quegl'incomodi e spese che la legge ha voluto evitare mediante la elezione di domicilio?

Se non che io reputo che per questo difetto l'atto non possa dichiararsi nullo e inefficace; il vincolo del sequestro sarebbe contratto; ma il terzo respingerebbe la domanda del sequestrante, e non sarebbe obbligato a rispondergli finchè non avesse a questo suo dovere adempito.

Articolo 612.

Dal giorno della notificazione dell'atto suddetto, il terzo, per gli oggetti mobili che presso di lui si trovano o per le somme da lui dovute, è soggetto a tutti gli obblighi dalla legge imposti ai depositari e sequestratari giudiziali.

Annotazioni.

Effetti dell'atto di pignoramento regolarmente notificato al terzo.

1. *Del vincolo in generale prodotto dal sequestro.*

Gli obblighi dei sequestratari e depositari giudiziali sono dichiarati nella Sezione III, Capo II, Titolo XVIII, Libro III del Codice civile. Primo dovere del sequestratario è di guardare le cose mobili e le somme dovute, tenendole a disposizione della giustizia (Vedi l'articolo 1244 del Codice suddetto).

E non potrebbe tampoco pagare quello che risultasse *eccedere la entità del sequestro*, poichè, come avverte giustamente Roger (n. 428), si esporrebbe a dover indennizzare il pignorante di quanto dovrebbe perder nella concorrenza di altri creditori (1).

Così il terzo si trova, per usar questa parola, interdetto; non può pagare il proprio creditore, e non può pagare l'oppignorante che vuol subentrargli, salvo un accordo e delegazione.

Ciò rapporto al terzo. Il debitore pignorato è stretto egli pure dal vincolo; dal momento che gli è notificata la citazione secondo il precedente articolo, num. 6, non può più disporre dei suoi mobili o dei suoi crediti; non può più riceverne il pagamento dal debitore, o transigere con lui.

Ed è massima indubitata ove si tratti di *causa volontaria*, essendo questo per lo appunto l'effetto puro e semplice del sequestro, ma si limita e restringe di fronte ad una *causa necessaria*. Tale sarebbe se il credito subisce diminuzione per causa anteriore, inevitabile e operante per se stessa, col verificarsi per esempio di un avvenimento preveduto; se il debitore cade in fallimento, e sia mestieri accettare la legge di un concordato.

2. *Della eccezione di compensazione nel sequestratario, prima o dopo il sequestro.*

Se il terzo sequestratario possa giovarsi della eccezione liberatoria *di compensazione*, è materia dell'articolo 1294 del Codice civile. « La compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. « Quegli perciò che essendo debitore divenne « creditore *dopo il sequestro fatto appresso di* « *sè a favore di un terzo*, non può opporre la « compensazione a pregiudizio di chi ottenne « il sequestro ». Se i termini della compensazione si fossero già avverati *anteriormente al sequestro*, è manifesto che il sequestratario non avrebbe debito, sarebbe stato liberato per forza di diritto, quantunque la eccezione non fosse ancora stata dedotta nè autorizzata da sentenza di giudice.

La teoria che si svolge dall'articolo 1294 è ben chiara sul punto che non sia lecito al sequestratario di fabbricarsi con volontarie acquisizioni titoli compensativi onde eluder la legge; ma ove dopo il sequestro, e prima del pagamento, sopraggiungano al sequestratario diritti ineluttabili di compensazione, la questione, considerata coi principii generali dell'equità e della giustizia, potrebbe diventar seria, se il citato articolo 1294 non fosse là inesorabile per troncare ogni questione.

(1) Vedi l'articolo 615, annotazione seconda, rapporto al diritto del cessionario.

Nondimeno, insegnava il Pigeau, seguito indi dal Roger (numeri 444, 445), e credo da tutti gli altri scrittori, che il sequestratario divenuto creditore per *causa necessaria* (1) ha diritto di concorrere sul prezzo dei mobili o sul valore del credito, come qualunque altro creditore.

3. *Delle cessioni fatte dal debitore sequestrato, prima o dopo il sequestro.*

È inutile parlare delle cessioni posteriori. Quanto alle anteriori, si ritiene dalla comune degli scrittori che qualora la cessione non sia ancora perfetta por mancanza di notificazione (articolo 1539) resti paralizzata dal sequestro (Pigeau, *Proc. civ.*, art. 111, ch. *saisie-arrêt;* Boitard e Chauveau, all'articolo 579, ecc.).

Se le notificazioni del sequestro e della cessione sono avvenute *nello stesso giorno*, il Roger consiglia di osservare primieramente se negli atti rispettivi sia notata l'ora in cui la notifica fu eseguita. Se no, vi ha concorso di data, e il credito va diviso per contributo (num. 214; Bioche, *Dictionn.*, v° *Saisie-arrêt*, num. 237, Dalloz, *Répertoire*, n. 433). Qualche tribunale (corte di Grenoble, 30 dicembre 1847) ha giudicato che la prova dell'anteriorità possa farsi eziandio per testimoni, alla quale sentenza si associa lo stesso Roger col Dalloz (2).

4. *Del sequestro o pignoramento sul terzo per gli effetti della prescrizione.*

Un precetto o atto di sequestro « intimato « alla persona a cui si vuole impedire il corso « della prescrizione » la interrompe (articolo 2126 del Codice civile). Il terzo, debitore del debitore, già in prossimità di prescrizione, potrebbe per avventura opporre che partendo l'atto di sequestro non dal suo creditore, ma da un terzo quale si è il pignorante, col quale non è legato da verun rapporto giuridico, non può produrre quell'effetto. L'obbiezione è stata preveduta e la respinge il Roger (n. 451) sul riflesso che il pignorante agisce nel nome e come tacitamente surrogato nei diritti del creditore. Ogni volta che la citazione è valida, cioè non viziata nella forma, non eseguita da ufficiale incompetente (articolo 2128 del Codice civile), ma cadesse per altre ragioni il pignoramento, e con esso e per conseguenza la citazione medesima, la prescrizione non sarebbe meno interrotta in pregiudizio del sequestratario.

5. *Degl'interessi.*

La domanda giudiziale, rappresentando la costituzione in mora per eccellenza, fa decorrere gl'interessi (articolo 1232 del Codice civile); non produce però quest'effetto l'atto di pignoramento a carico del terzo, e neppure la citazione ordinata dall'articolo 611, poichè non equivale ad una domanda giudiziale di pagamento, essendo il suo semplice e naturale intento quello di vincolare il credito e di astringere il terzo-debitore a farne la dichiarazione. Dalla domanda di assegnamento che farà il pignorante, *essendo quella la diretta domanda di pagamento*, gl'interessi legali dovranno decorrere (bisogna notarlo), per aumentare la materia del pegno, e non a vantaggio puramente personale del creditore pignorante che misura i propri diritti sugli interessi dagli atti giudiziali eseguiti al proprio creditore diretto (3).

Articolo 613.

La dichiarazione del terzo, trattandosi di mobili, deve contenere una indicazione specifica dei medesimi, esprimere la causa per cui si trovano presso di lui, e, trattandosi di somme dovute, la causa e l'importare del debito, i pagamenti fatti a conto, il tempo della esigibilità, l'atto e la causa della liberazione se il credito si pretenda estinto, e, a riguardo dei censi e rendite, sia perpetue sia temporarie, il loro importare coll'enunciazione del capitale, se risulti dall'atto costitutivo di essi, e la situazione dei beni immobili che ne siano gravati.

---

(1) Intendiamoci bene su questa nozione. Diciamo *causa necessaria* quella che si potrebbe bensì per noi rifiutare (poichè si tratta ognora di un diritto), ma il cui acquisto non dipese dalla nostra iniziativa e da un proposito diretto all'acquisto medesimo. Se, per esempio, mi arriva un'eredità, sempre gradita, ma che io per certo non mi sono procurata, e così divento creditore del debitore sequestrato, debbo essere considerato come creditore *ex causa necessaria e senza frode*, e sarò ammesso nel convito dei creditori.

(2) Questi cenni si collegano con una vasta controversia, che veniamo ad esaminare alla Annotazione seconda dell'articolo seguente.

(3) Gl'interessi del debito del *debitore principale* decorrono (per l'ordinario) dalla lite a lui mossa dal creditore; gl'interessi del debito del sequestratario *a profitto del pegno*, e quindi della massa, se occorre, decorrono dal punto indicato.

In ogni caso il terzo deve enunciare qualunque pignoramento, sequestro od opposizione precedentemente fatti presso di lui, indicando il nome e cognome, l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza degli altri pignoranti, sequestranti od opponenti, e i loro titoli esecutivi.

Il creditore deve far notificare il suo atto di pignoramento ai precedenti pignoranti, sequestranti od opponenti.

Annotazioni.

1. La citazione, opportunamente ordinata dall'articolo 611, che comprende eziandio il debitore, è molto migliore e più efficace guarentigia che le alternate intimazioni, in altri codici prescritte; il debitore è portato immediatamente sopra un campo di contestazioni in cui potrà proporre ogni sua difesa contro l'atto di pignoramento. Del resto il giudice, se ha per valido il pignoramento, non fa che assegnare al terzo un congruo termine a fare la sua dichiarazione; presentandosi il terzo, nelle cause minori segnatamente, potrà il giudice imporgli la dichiarazione alla udienza medesima, eccettochè il terzo non adduca ragioni per ottenere un differimento (1).

2. **Questione.** — *Se il pignoramento eseguito a carico del terzo vincoli tutta la somma da lui dovuta, quantunque di molto superiore al credito per cui si è preceduto al sequestro, in guisa che il debitore pignorato non possa disporre del di più nè in via di cessione, nè in altro modo.*

Chi volesse passare in rivista i vari sistemi che furono disputati nelle pagine degli scrittori e nelle sentenze dei tribunali, dovrebbe fare un discorso assai lungo; questioni del resto di cui ognuno potrà farsi un'idea precisa, percorrendo quei lavori celebri (2): questioni, io mi permetto aggiungere, che non sono poi di molta difficoltà, vedute al lume dei veri principii.

Bisogna primieramente ridurre il quesito ad una forma più concreta. La ipotesi è la seguente. Tizio che ha un credito verso Caio, lo cede a Sempronio. Questi fa notificare la cessione al debitore, ma trova che uno o più creditori di Tizio avevano fatto sequestro su quella somma, in quantità per altro minore dell'ammontare totale del credito. Dopo la notifica della cessione, prima che Caio abbia pagato il di più, vengono altri creditori a fare dei sequestri.

Che la cessione rimanga inefficace sino alla concorrenza dei crediti per i quali fu eseguito sequestro *prima della cessione*, è un punto pressochè fuori di contesa; ma il dubbio forte cade sul diritto che possano avere i creditori *sequestranti od opponenti dopo la cessione*, essendo chiaro che il loro concorso, dannoso agli altri creditori non meno che al cessionario, implicherebbe la indisponibilità del proprietario del credito di qualsivoglia somma o capitale superiore eziandio di gran lunga a quella parte che fu colpita da sequestro.

Tutte le combinazioni che possono formarsi nel giuoco di quei pochi dati posti in ipotesi, sono comparse in autorevoli dottrine come altrettanti sistemi.

Ciò che bisogna solidamente stabilire si è, se il proprietario di un credito colpito da sequestri possa farne cessione senza pregiudizio, ben inteso, dei creditori che hanno operato il sequestro; poichè, così essendo le cose, è manifesto che nuovi sequestranti posteriori alla cessione non avrebbero più voce dacchè sarebbe mancato l'oggetto del sequestro.

Autori dei quali io seguo l'opinione, come il Chauveau, sono partiti da un altro punto, e hanno voluto provare in principio che il proprietario del credito, dal momento che ha subito un sequestro per qualsivoglia tenue somma, è colpito d'indisponibilità rapporto a tutto il credito, per quanto superiore all'importare del sequestro (3). Indi sono venuti ricercando i limiti di codesta *indisponibilità*, così generalmente affermata, che vogliono chiamare

(1) Rammento che il procedimento è sommario (articolo 573), e che non è luogo ad opposizione delle sentenze contumaciali (articolo 574).

(2) Dalloz, *Répert.*, vo *Saisie-arrêt*, n. 426, ecc., *Recueil*, 1851; Troplong, *De la vente*, t. II, n. 297; Delvincourt, tom. II, pag. 756; Duranton, t. XVI, n. 501; Carré, quest. 1952; Chauveau, ivi; Roger, num. 247, 248, 248 bis, 249, 249 bis, 250, 250 bis, 250 ter, 251, 251 bis, 251 ter, ecc., che esamina sino a *sette sistemi diversi*; *Commentario al Codice sardo* del 1854, num. DXCVI e seguenti; Zachariæ, tom. II, pag. 556; Mourlon; Marcadé, tom. VI, pag. 257, ecc.

(3) « Ainsi nous croyons, egli dice, avoir démontré (or ora vedremo come) que la saisie-arrêt *frappe d'indisponibilité la totalité des sommes saisies* ».

non *assoluta*, ma *relativa*, non esistendo che nel solo interesse dei sequestranti anteriori alla cessione. Io reputo invece che si debba prender le mosse dal principio della disponibilità, ossia dall'esercizio libero del diritto di proprietà in tutto quanto non sia limitato da altri diritti già messi in azione: e allora la formola sarebbe che *il proprietario del credito, soggetto a sequestro, può sempre disporne, se si tratti di somma eccedente, purchè ciò sia senza pregiudizio dei diritti del sequestrante.* Nella quale formola si adagia comodamente il diritto che ha il cedente di soddisfare il sequestrante o coi propri danari, o mediante delegazione e mandato al cessionario, laddove supposta in origine la indisponibilità, non si può senza sforzo ragionare che, per il pagamento seguito, egli abbia riacquistata una disponibilità che avesse perduta.

D'altronde male si prova codesta indisponibilità. I due testi allegabili anche nella nostra legislazione, ciò sono l'articolo 244 del Codice civile e l'articolo 611 della procedura, darebbero piuttosto argomento al partito opposto, che non ha mancato infatti d'invocare le consimili disposizioni della legislazione francese. Quello inibisce al debitore di pagare il creditore, e l'obbliga a pagare di nuovo, quando non abbia tenuto conto dei sequestri od opposizioni che si erano praticati sulla somma da lui dovuta. L'art. 611 impone al sequestratario l'obbligo di enunciare la somma per cui si procede al sequestro, che invero determina l'efficacia di esso sequestro, e allontana la idea di un pignoramento esteso alla totalità della somma.

Del resto l'articolo 1244 è più che sufficiente a comprovare che i diritti dei sequestranti od opponenti devono essere rispettati e salvi, e ad essi la cessione non può fare pregiudizio alcuno. Così con un diverso metodo logico veniamo in effetto ad incontrarci allo stesso punto.

Discende da questa proposizione così semplice e vera, che i diritti dei creditori sequestranti, insieme cumulati, anche per gli accessorii d'interessi e spese, potrebbero rendere inutile la cessione in quella parte che tendesse a restringere la loro intera realizzazione; e solo il di più ricadrebbe a favore del cessionario.

Si è creduto da molti, che l'atto di cessione e la notificazione successiva (senza cui non si avrebbe cessione perfetta) costituisse il cessionario come altro creditore opponente, onde avere il diritto di concorrere coi pignoranti anteriori. Io propongo alcune distinzioni.

O questo cessionario che vuol venire in concorrenza coi creditori pignoranti è fornito di un credito, distinto dall'atto di cessione, credo benissimo che la sua ingiunzione possa valere come un altro sequestro, o almeno come una opposizione. E allora, disturbato com'è dai sequestri che trova in corso, potrà dividere per contributo la somma; il quale diritto di concorrere compete sempre al cessionario, *non come tale*, ma come creditore, anche coll'effetto di rendere incompleta la soddisfazione dei creditori sequestranti, ogni volta che non gli resti tanto da soddisfarsi sulla eccedenza, o questa non bastasse alla soddisfazione di tutti i crediti. Ma l'atto di cessione puro e semplice, rappresenterebbe una disposizione arbitraria del creditore.

Quanto ai *sequestranti posteriori*, io ritengo non avere diritto alcuno, eccettochè non si dimostrasse patentemente che vi ebbe frode e dolosa collusione fra cedente e cessionario.

Per conseguenza, se dopo il pignoramento il debitore paga e lo risolve, se lo stesso pignorante receda spontaneo, o la esecuzione sia annullata, il cessionario non dovrà dividere con alcuno il profitto che ne risulta, ma sarà interamente suo.

Può venir caso che dei creditori opponenti appariscono fra la notifica della cessione e la dichiarazione ingiunta dal presente articolo. È certo che il sequestratario dovrà tuttavia emettere la sua dichiarazione; e quantunque di ciò non disponga l'articolo, dovrà in essa enunciare l'atto di cessione. È però da osservarsi, che l'*anteriorità* o *posteriorià* delle opposizioni per l'effetto del diritto di compartecipazione che ne consegue, non si misura dal tempo in cui è fatta la dichiarazione del sequestratario. Non è attributivo di diritti un atto meramente dichiarativo, e noi dobbiamo avere una regola, un criterio logico per calcolare il tempo, fattore potentissimo di diritti: e non possiamo averne altro che *la notifica della cessione che chiude l'adito ai pignoranti od opponenti successivi.*

A completare la teoria resta un'ultima osservazione. Ed è, che tutto quello che sin qui si è discorso, concerne la *cessione onerosa* (vera, non apparente, e senza frode), non la *cessione a titolo lucrativo* o *donazione*. Il donatario deve ritenersi come subentrato nelle obbligazioni del debitore originario; laonde sino alla consumazione, cioè sino all'effettivo pagamento eseguito di ogni restanza dal terzo debitore, la somma presso lui esistente sarà passiva di ulteriori sequestrazioni.

3. *Se il terzo dichiarante, e che si enuncia*

liberato, debba anche giustificare con documento l'asserta liberazione.

Pei termini della nostra legge (diversa dalla francese) deve bastare l'indicazione; il sequestratario dovrà farne la prova quando sia impugnata. (Così anche Scialoia, *Commentario*, vol. V, part. I, num. 625).

4. *Devono enunciarsi dal sequestratario anche i sequestri e opposizioni posteriori alla dichiarazione?* Sembra che quest'obbligo gli sia imposto dal capoverso primo dell'articolo: IN OGNI CASO, ecc., conforme all'articolo 768 dell'ultimo Codice sardo.

Articolo 614.

Quando il terzo non comparisca all'udienza stabilita dalla citazione, o se comparendo ricusi di fare la dichiarazione a termini dell'articolo precedente, o se intorno a ciò sorgano contestazioni, il pretore, quando non sia competente, rimette a udienza fissa le parti davanti il tribunale civile.

Se la dichiarazione non venga fatta davanti il pretore, o davanti il tribunale, il terzo può essere dichiarato detentore dei mobili, o debitore della somma, e condannato a farne la consegna o il pagamento.

La dichiarazione può ancora essere fatta nel giudizio d'appello, ma il dichiarante deve sopportare le maggiori spese alle quali abbia dato luogo.

Annotazioni.

1. Abbiamo veduto per l'art. 611, num. 6, che *il pretore del mandamento in cui il terzo ha residenza* o *domicilio*, è l'autorità destinata a riceverne la dichiarazione. Fondamento di questa giurisdizione particolare è il *luogo*: il luogo della esecuzione, come già si osservò all'articolo 570. Il pignoramento di cui trattiamo, si riduce *all'esercizio di un'azione personale intentata in nome e vece del creditore*. Da ciò la giurisdizione dedotta dal domicilio o residenza del debitore. L'articolo 570 tiene però conto della competenza estimativa nella cerchia territoriale che vi è assegnata. L'articolo 611, num. 6, deroga in parte a tal regola, e costituisce giudice competente il pretore *per qualunque somma siasi proceduto all'atto di sequestro* (1); e ciò perchè l'oggetto dell'istanza non è altro, e non può essere altro, che il fatto puro e semplice dalla *dichiarazione* che dovrà emettere il sequestratario; onde il causidico deve ben guardarsi nella sua citazione dall'includere le comminatorie alle quali va soggetto il sequestratario non dichiarante, eccettochè il pretore non sia altresì competente per ragione di somma.

Se manca al pretore siffatta radice della competenza, la capacità del valore, il solo inadempimento dell'obbligo di fare la dichiarazione, basta a privare il pretore di questa sua competenza *meramente esecutiva*, e imporgli il rinvio al tribunale civile. Da quel punto infatti nasce il bisogno di una pronuncia dell'autorità giudiziaria, non più limitata a quella specie di assistenza passiva ad una funzione della parte.

2. La questione della *dichiarazione tardiva*, agitata in Francia, era già cessata sotto il regno del Codice sardo del 1859, per la dizione molto esplicita di quell'articolo 765. Il Codice italiano, adoperando un'altra forma, non è meno chiaro. *Se la dichiarazione*, si dice, *non venga fatta davanti il pretore o davanti il tribunale.....* Gli è concesso persino di emetterla *in appello*, salvo compenso di spese (capoverso 2°). E maggiore mitezza non poteva usarsi.

La legge suppone adunque la possibilità di un giudizio d'appello. E veramente più serie contestazioni possono nascere nel cozzo di tanti interessi. Il terzo potrebbe sostenere una sua convinzione di non avere alcun debito, di non dover fare alcuna dichiarazione, e il pignoramento esser nullo. Abbattuto dai contrari argomenti si ravvede; rinunzia all'assunto, e sull'ultimo della causa d'appello emette la sua dichiarazione. Egli è ancora in tempo. Giustamente *sopporterà le maggiori spese alle quali abbia dato luogo.*

3. L'ostinato silenzio del sequestratario darà piede alla presunzione ch'egli sia in realtà *detentore di mobili e di somme*, che gli ripugna per la verità denunciare. L'espressione della

(1) È pur anco derogatoria della regola generale stabilita dall'articolo 75, num. 1.

legge è questa, *debitore della somma*. Deve intendersi di quella per cui si è praticato il sequestro; onde si rileva l'importanza essenziale di enunciare nell'atto di pignoramento la somma del credito (art. 611, num. 1). *Quid* se altri creditori compignoranti ci fossero? La presunzione, una volta lanciata contro colui che già si reputa in dolo, *dolo videtur facere qui jussu judicis non paretur*, è così elastica da comprendere ogni somma, quando gli atti non porgano argomento che il suo debito non può estendersi a tanto.

Non è in miglior condizione il sequestratario, se trattisi di *mobili*. È scritto che può essere condannato *a farne la consegna*. Ma di quai mobili se il pignorante non seppe precisarli nè in qualità, nè in quantità? Poco importa. Di quei mobili che si presume ritenere, colla consueta comminatoria che non presentandoli in un termine assegnato, sarà condannato all'importo dei crediti che a tanto si repata ascendere il valore dei mobili che ritiene, salva la premessa osservazione.

4. Una dichiarazione falsa, erronea, inconcludente, ingiustificata, conduce forse alla stessa conseguenza di ritenere il sequestratario debitore puro e semplice delle cose sequestrate?

La risposta affermativa può esser vera secondo l'articolo 577 del Codice di procedura francese; la nostra legge non colpisce di tanta penalità che l'indefendibile silenzio del sequestratario. Le erronee e menzognere enunciazioni faranno uscire controversie indefinite di fatto che la legge non può prevedere nè decidere *a priori*. Il dichiarante potrà essere ammesso a dilucidare, a provare. Si verrà allo esperimento delle prove, alla critica dei documenti; si farà un giudizio in lungo e in largo; e infine non è impossibile si conchiuda che il sequestratario è debitore di tutto o di parte, e sia costretto a farne la consegna secondo i termini stessi di questo articolo. Talvolta sarà tenuto responsabile di danni-interessi (V. Dalloz, *Recueil*, 1848, t. I, pag. 65; 1849, t. II, pag. 224; 1856, t. II, pag. 20).

5. Senonchè, condannato il sequestratario a soddisfare i creditori per giusto effetto della negligenza sua, ma contro la verità del fatto, non si può restare in dubbio ch'egli non abbia azione contro il debitore come surrogato in quella già competente ai creditori ch'egli ha soddisfatti del proprio (Roger, num. 634; Pigeau, *Comment.*, tom. II, p. 173; Chauveau, quest. 1975 *ter*).

6. La legge non obbliga il terzo a *notificare la sua dichiarazione*. È obbligo invece del creditore in relazione al 2° capoverso dell'articolo 613. Ritengo doversi notificare anche al debitore.

Articolo 615.

La dichiarazione indicata negli articoli precedenti deve essere fatta dal terzo personalmente, o per mezzo di un procuratore munito di mandato speciale per quest'oggetto, che rimane annesso alla medesima.

La dichiarazione è ricevuta dal cancelliere, e sottoscritta da lui e dal dichiarante.

Articolo 616.

Quando insorgano controversie intorno alla fatta dichiarazione, le quali non siano di pura forma, sull'istanza della parte interessata sono rimesse alla decisione dell'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente, se il dichiarante fosse stato citato direttamente dal proprio creditore.

Nel caso in cui la legge accorda al creditore la scelta tra diverse autorità competenti, la scelta spetta al creditore istante.

Annotazioni.

1. Bisogna ravvicinare l'articolo al 616 ed al 611.

Nel primo periodo questa procedura viene considerata meramente esecutiva. Adunque il pretore locale, il magistrato più vicino e di più comodo accesso. Il valore dell'esecuzione è indifferente (art. 611, num. 6). Ma allo spuntare di una contestazione, qualunque sia, anzi alla semplice necessità di una pronunzia, risorge l'idea del valore, attributiva di competenza. Allora il pretore, se la somma non è nei proprî limiti, rimette la causa al tribunale civile. Era questo il luogo ove dovevano aggiungersi le determinazioni dell'art. 616,

quale complemento del sistema. Il legislatore, nella mente acuta, ha investigato che quel *tribunale civile*, cui il pretore rinviò la causa, non sia poi il magistrato naturale di una contestazione che minaccia di rimontare alle sue prime cagioni e diventare principale ed assorbente. Vero è che quello è il magistrato del domicilio o residenza del terzo; ma non è ancor tutto per ritenere la sua competenza legale in relazione alla natura dell'azione che il creditore avrebbe potuto istituire contro di lui. Si tratta forse di un credito che deriva da convenzioni sociali, e avrebbe dovuto istituirsi *avanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione*, ecc. (art. 90)? È forse un credito commerciale che non avrebbe potuto richiedersi che dal tribunale di commercio? L'opinato debitore si è veduto assalire di fianco da un supposto creditore del suo creditore, e costretto a fare delle agnizioni e delle confessioni giudiziali ch'egli non può o non crede di fare; egli che invece impugna il debito e non vuole in veruna maniera riconoscerlo. In questo stato di cose, egli declina una giurisdizione che non è quella che la legge ha stabilita per quel genere di contestazioni; egli reclama il giudice che gli compete, e che non gli poteva esser tolto per far comodo ad un sequestrante, e per l'effetto di una combinazione che non lo riguarda. Che ne succede? Succede che la causa del sequestro cessa come per mancanza di alimento; cessa perchè non si ha più interesse di seguitare una contesa di esito lontano per avventura ed incerto; non cessa necessariamente però, e il sequestrante potrebbe anco persistervi, di maniera che il credito, quando fosse giudicato, si troverebbe ancora vincolato al sequestro medesimo.

Ma se la disputa è di *pura forma*, con giudiziosa distinzione si è ritenuta la competenza del magistrato locale perchè la questione si mantiene esecutiva.

L'articolo 91 contiene una delle contingenze nelle quali il creditore ha la scelta fra più autorità giudiziarie ugualmente competenti. Altra, l'articolo 92. Ebbene, nel caso dell'articolo 616 la scelta è attribuita non più al creditore d'origine, ma al creditore di lui, allo stesso sequestrante; con che si suppone la continuazione del vincolo. Si afferma inoltre per tale facoltà il diritto di surrogazione che il creditore sequestrante ha acquistato mediante il pignoramento. Sarà d'uopo pertanto che nella istanza che fa il debitore di essere rinviato al magistrato competente, corrisponda una dichiarazione del sequestrante che sceglie fra i diversi magistrati competenti; ovvero facendosi attore in luogo del debitore, che deve sempre citarsi, porterà la causa al magistrato di sua elezione.

—

In questa terza edizione aggiungerò alcune parole per qualche maggiore sviluppo quantunque non mi sembri che il concetto rimanga oscuro.

Un atto di esecuzione, secondo il nostro sistema, nella sua prima e rituale manifestazione, gravita per così dire naturalmente verso la competenza locale. Il giudice locale (il pretore del mandamento ove il terzo ha la sua residenza o il domicilio) è destinato a ricever l'atto e a conservarlo (art. 611). La natura dell'atto, e non la quantità della somma, determina questa prima e direi quasi rude ragione della competenza. Non vi ha questione? Tutto procede regolarmente? Questa parte fondamentale dell'atto esecutivo si esaurisce avanti il pretore. Se contestazione sorge, il pretore esamina la propria competenza pecuniaria; se l'oggetto della contestazione la sopravanza *rimette a udienza fissa le parti avanti il tribunale civile* (art. 610), vale dire il tribunale al quale la pretura si attiene gerarchicamente, il tribunale del luogo della esecuzione.

Ma ciò s'intende rispetto alle questioni di *pura forma*. Sono questioni di forma quelle che possono cadere *sulla modalità:* 1° dell'atto oppignoratizio; 2° della notificazione del detto atto; 3° sulla modalità della dichiarazione, in quanto sia conforme o no al prescritto dell'articolo 613; 4° sul tempo in cui la dichiarazione è stata emessa; 5° sulla facoltà che avesse o non avesse il dichiarante, supposto che sia stato rappresentato da un mandatario; o sia un rappresentante egli stesso che aveva d'uopo di autorizzazione o simili.

Ma sorgendo controversia *intorno alla fatta dichiarazione che non siano di pura forma* ha luogo la disposizione dell'articolo 616. Qui la legge suppone che la controversia sorga *dopo la dichiarazione*, e dev'essere così. Se il sequestratario non fa alcuna dichiarazione, egli è condannato ai termini del 1° capoverso dell'art. 614. Una dichiarazione deve farla; il solo veicolo legale per esporre qualunque siano le sue eccezioni e opposizioni. Allora si vedrà se siano *di forma* o *di sostanza:* potrebbero essere l'uno e l'altro.

In tal caso il pretore o tribunale locale dividerà i subbietti; giudicherà delle eccezioni di forma. Se l'atto fosse dichiarato nullo, la questione è terminata; se l'atto è ritenuto va-

lido, il giudizio sarà rinviato qualora il pretore o il tribunale non avesse competenza anche per decidere sul merito della contesa.

Se non che quando puro così fosse competente, non lo sarebbe come giudice del sequestro ma come giudice ordinario, e dovrebbe ingiungere che si proceda avanti di lui in via regolare, e con formale citazione, nella quale saranno spiegati i motivi per cui il sequestratario, negante il debito, sia tenuto. Il creditore istante deve fare questo giudizio e incaricarsi della prova; poichè *actore non probante reus absolvitur*, ed egli solo è l'attore.

Di fronte però a tale contestazione, premesso che il sequestro è valido quanto alla forma, il *vinculum juris* per esso prodotto riman fermo; e dato in ipotesi che il sequestratario fosse veramente debitore, la pendenza della lite non lo autorizza a pagare la somma ad altri che al creditore istante.

È certamente controversia di *sostanza* e non di *forma* quella relativa alla sussistenza del debito pignorato in quanto sia stato o no estinto per compensazione prima del pignoramento. Così si vede deciso in una sentenza della corte di cassazione di Firenze del 14 novembre 1867 (*Annali di giurisprudenza ital.*, anno 1866-67, I, 389), nella quale pure venne stabilito che presentandosi al pretore questione di questo genere nella quale non sia competente, egli farà un rinvio all'autorità competente, e *non a udienza fissa*. Infatti l'invio a udienza fissa non si fa che avanti il tribunale locale; ma quando si tratta di una questione di sostanza, il pretore non sa nè dee sapere se quel tribunale, o altro piuttosto sia competente. Quindi farà un rinvio generico a chi di ragione.

La corte di cassazione di Napoli con sentenza del 30 agosto 1871 (*Annali*, 1871, I, pagina 369) disse, che se nel giudizio di esecuzione mobiliare presso terzi, si elevino dispute di forma, sono a riportarsi *incidenti della stessa esecuzione*. Ove però riguardino il merito della contesa, il giudizio assume il carattere ordinario, e in relazione a questa massima quella corte suprema regolò i termini dell'appellazione.

Articolo 617.

Le spese della dichiarazione e della comparizione del terzo sono prelevate dalle somme da lui dovute, o dal prezzo degli oggetti da lui ritenuti, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dell'articolo 614.

Se il pignoramento sia rimasto senza effetto per non essersi trovati presso il terzo oggetti da pignorare, o le somme dovute o ricavate non siano sufficienti, le spese debbono essergli in tutto o in parte rimborsate dal creditore istante.

Annotazioni.

Il capoverso dell'articolo, nella sua non perspicua redazione, sembrerebbe portarci a dire che non sempre il sequestratario ha diritto di essere rimborsato della *spesa totale* dell'atto di dichiarazione, ma talvolta non dovrà esserne rimborsato *che in parte dal creditore istante*.

Il sequestrante ha sempre diritto di essere rimborsato della intera spesa; ed è già molto l'esser costretto ad anticiparla per l'altrui interesse (1). La sola sua colpa, la tardività inescusata, una denunzia artificiosamente composta e menzognera, faranno ricadere la spesa sopra di lui.

Per questa spesa necessaria e non sua, il sequestrante ha diritto di ritenzione, se trattisi di somme. Se il sequestratario non è di cosa alcuna debitore, incombe sempre al sequestrante rifondergli le spese. Se il suo debito fosse così tenue da non coprire le spese, è questo il solo e quasi impossibile caso del rimborso parziale di cui parla l'articolo, poichè indennizzato in parte col debito, l'altra gli è rifusa dal creditore.

Articolo 618.

Quando il terzo ritenga oggetti mobili, e il creditore non si valga della facoltà accordatagli nell'articolo 643, ne è ordinata la vendita in conformità del capo VI, salvo i diritti che appartengono al terzo sugli oggetti stessi.

(1) Il già Codice di procedura napoletano facoltizzava il terzo non debitore a farsi anticipare le spese (articolo 635).

Annotazioni.

Il diritto di aggiudicazione dei mobili è limitato all'importare di lire 300, come spiega l'articolo 643 (V. ivi).

La riserva non è limitativa della vendita dei mobili; il diritto del sequestratario sugli *oggetti stessi* non può verificarsi che sul prezzo. La espressione della legge indica sufficientemente i *diritti reali* sui mobili, e non sono altri quelli enunciati col nome di privilegi dal titolo XXIII del libro III del Codice civile. Semplice creditore, il sequestratario concorre cogli altri creditori sul prezzo.

Articolo 619.

Quando il terzo sia debitore di somme esigibili immediatamente o in termine non maggiore di giorni cento ottanta, queste somme, non essendovi contestazione o concorso di altro creditore, sono dal pretore, nella stessa udienza in cui è fatta la dichiarazione, assegnate in pagamento, salvo esazione, al creditore istante sino alla concorrenza del suo credito.

Annotazioni.

1. Ciò che si offre primamente alla considerazione in questo articolo è la differenza che la legge introduce fra crediti *esigibili immediatamente* o *dopo un certo tempo* (fissato in giorni 180); nel primo caso *assegnando imperativamente* le somme sequestrate sino alla concorrenza del credito, nel secondo facendo semplicemente abilità al sequestrante di chiederne l'assegnamento (articolo seguente). Pare che la ragione della disposizione sia questa, che convenga lasciare al creditore sequestrante maggior libertà ove la riscossione si prolunghi troppo, per non danneggiarlo forzandolo a ricevere in pagamento un credito di lontana esigenza.

Due limitazioni per altro s'incontrano nello stesso periodo. Che *non vi sia concorso di altro credito*. Allora si dove venire alla distribuzione articolo 652). Che *non vi sia contestazione*. La quale condizione è forse da riferirsi al modo dell'assegnazione, ovvero al diritto di essa, o piuttosto alla competenza?

Non può riferirsi al diritto di assegnazione. Se il contrasto è giusto, se il pignoramento non sussiste, se il sequestrante viene respinto nelle sue pretese, non si parlerà più nè di assegnazione, nè di vendita. Se il contrasto è ingiusto, il sequestrante che l'avrà superato tornerà più o meno pacificamente alla posizione contemplata dal presente articolo. Non vi può essere cangiamento.

La contestazione influirà sul modo, poichè l'assegnazione ordinata alla *stessa udienza* sarà differita. Pare che l'importanza dell'articolo sia piuttosto nel rispetto della competenza; ed è una veduta che rientra in quella dell'articolo 616. L'assegnazione pura e semplice, l'assegnazione incontestata, è affare del *giudice locale senza riguardo di somma*. La contestazione rimette ogni cosa in problema, diritto e giurisdizione. Veramente la legge si contenta al veto, e non dice cosa dovrà succedere elevandosi contestazione. Ma bene interpretando, crediamo di vedervi un richiamo alle norme di competenza già stabilite. Se il pretore, secondo quelle norme, è l'autorità competente, scioglierà la controversia e farà l'assegnazione; se non lo è, rimetterà la causa all'autorità competente; applicazione diretta degli articoli 614 e 616.

2. *È definitiva l'assegnazione? Trasporta la proprietà del credito nel creditore sequestrante?*

La soluzione del quesito, quando sia affermativa, importa che niun altro creditore che venga operando sequestri *dopo l'assegnazione*, può partecipare della somma assegnata, ancorchè non siasi effettuato il pagamento; il sequestro non avrebbe effetto che sull'avanzo, soddisfatto l'assegnatario.

Chi volesse farne una questione seria fra noi, come in Francia, avrebbe meno ragione di chi sostenne colà il partito negativo, che ne aveva pochissimo. Roger, uno di essi e dei più autorevoli, è tuttavia costretto a dire (num. 645): « Il faut le reconnaître, cette opi« nion semble aujourd'hui rejettée par la ju« risprudence ». E, leale com'è, reca in nota decisioni a dovizia, oltre quelle citate da Carré e Chauveau. È pei francesi non altro che un argomento di induzione tolto dal loro articolo 579, ov'è detto che se « la saisie est « déclarée valable, il sera procédé à la vente « et distribution du prix, ainsi qu'il sera dit « au titre de la distribution par contribution ». Non vi essendo concorrenti, era ben semplice

che la somma (quando non si trattasse che di somma) avesse a cedere al sequestrante sino alla concorrenza del suo credito: e infatti si faceva sempre così. Nel quale stato della legislazione era permesso dubitare se, ordinando il tribunale che all'unico sequestrante avessero a pagarsi le somme esistenti, ciò importasse una vera cessione e il trasporto della proprietà del credito, attalchè i creditori che venissero a presentare le loro opposizioni dopo quest'ordinato, dovessero esser respinti. Militava in contrario il riflesso che il sequestro non attribuisce privilegio prelativo al sequestrante, e non fa che vincolare al proprietario la disponibilità e trasferirla nel giudice. Ma la formola da noi usata *assegnare in pagamento*, congiunta agli argomenti razionali che mostrano che giunta a quel punto la procedura del sequestro ha il suo compimento, elide ogni questione.

3. *Delle opposizioni pendente l'appello.*

Interposto appello dalla sentenza che ordina l'assegnazione, messa in controversia la validità del pignoramento, altri sequestri e opposizioni possono presentarsi, i quali, secondo la teoria, riuscirebbero vani alla conferma della sentenza, ma avrebbero vigore se fosse riformata.

4. *Salvo eccezione*, e, come dicesi, *pro solvendo*, e non *pro soluto.* Questa clausola fu sapientemente aggiunta a togliere il dubbio che la cessione equivalesse a delegazione perfetta, a rischio e pericolo del creditore.

Articolo 620.

Quando il debito sia di somme esigibili in termine maggiore di quello indicato nell'articolo precedente, o si tratti di censi o di rendite perpetue mobiliari, e il creditore non preferisca di farsi assegnare il credito in pagamento, ovvero il debito consista in rendite temporarie, o vi siano più creditori che d'accordo non prescelgano di farsele aggiudicare in proporzione dei loro crediti, si procede alla vendita di queste ragioni di credito com'è stabilito nel capo VI.

Annotazioni.

1. Bisogna analizzare questo testo fieramente complesso, e un cotal poco confuso.

Tre ordini di crediti vediamo considerati: 1° somme prossimamente esigibili; 2° somme esigibili a scadenza più lontana, o costituite in capitali di censo e rendite perpetue; 3° rendite temporarie.

I crediti del prim'ordine si ritengono come materia facile e pronta di pagamento, e si concedono all'unico sequestrante non tanto per agevolare a lui la soddisfazione che gli compete, quanto per non aggravare di troppe spese il debitore con una vendita giudiziale. È per questo che il sequestrante non può rifiutare cotal modo di pagamento, benchè qualche volta gli tocchi aspettare sino a sei mesi.

Non si potrebbe ugualmente imporre al sequestrante il *da in paga* di azioni creditorie, di rendite costituite, di capitali, che fors'anche superano il suo credito onde dovrebbe versare l'avanzo. Ma s'egli ne sia contento, se la domandi, non gli si vuol negare l'assegnazione, non arrecandosi con ciò danno al debitore, ma anzi tornando a lui vantaggioso, per le minori spese, l'assegnamento al creditore.

I censi e le altre rendite perpetue mobiliari hanno il loro prezzo fissato nel seguente articolo 621: *Sono ragguagliate a cento lire di capitale per ogni cinque di rendita:* in confronto del qual prezzo legale ed inalterabile si può benissimo evitare la vendita all'asta pubblica, e sfuggire all'eventualità di aggiudicazioni meno proficue.

Se il debito consiste in rendite temporanee, questo metodo non può tenersi. Nella indefinita varietà dei casi, la legge non ha potuto determinare una norma positiva di prezzo. Si è veduta la necessità di vendere le ragioni di credito.

Il diritto di assegnazione a favore del sequestrato viene essenzialmente limitato dal concorso di altri creditori. Se non che l'assegnazione è possibile, ed ha la stessa ragione di essere, ove la pluralità dei concorrenti si accordi sul modo della ripartizione. Economia e niun danno del debitore.

Ma quel medesimo ostacolo che nelle *rendite temporarie* impedisce la distribuzione che diremo amichevole, impedisce, se male io non intendo questa disposizione, l'accomodo dei vari creditori; semprechè il debitore stesso non concorra ad accettare la misura di prezzo, ma allora si entra nel campo delle convenzioni e cessa l'imperio della legalità.

2. Il nostro articolo si restringe a considerare le azioni sotto forma di capitali produt-

tivi di *rendite* o *perpetue* o *temporarie;* e fa silenzio sopra ogni altra specie di azioni, di diritti, che essendo nel patrimonio del debitore, sono inevitabile materia di pegno ai creditori. Noi abbiamo stabilito in altro luogo (articolo 611) che tutte le azioni che sono suscettibili di un valore, sono pignorabili (1). Se non che quelle azioni e quei diritti non sono valutabili a regola fissa; non permettono quella semplicità di sistema che agevola l'assegnamento delle rendite perpetue. L'importanza di un contratto sociale in un'impresa di commercio è anche meno determinabile *a priori* che una rendita temporaria. Perciò la legge ne tacque come di cosa che fuori di ogni dubbio non avrebbe potuto assegnarsi al creditore senza lo esperimento del pubblico incanto, in cui lo stesso debitore può trovare il più deciso vantaggio.

3. *Osservazioni sul pignoramento delle rendite e altri diritti.*

Il Codice di procedura civile francese divide nel sistema di pignorazione il sequestro di somme ed effetti da quello delle *rendite*, cui dedica un titolo speciale (lib. V, tit. X). La diversità del modo di procedere mostra in quella legislazione una di queste due cose; o che la spropriazione di una rendita si teneva in assai maggior rilievo, o che l'arte della procedura non aveva ancora insegnato un metodo più semplice. Checchè dir si voglia dei francesi, noi abbiamo regola comune ad ogni pignoramento di crediti e azioni (articolo 611). È bensì vero che trascorrendo quel dettato, noi sospettiamo che anche i capitali investiti e le rendite siano compresi in quella formola, *indicazione almeno generica dei mobili* o *delle somme* (num. 2). Ma portando lo sguardo al suo corrispondente, l'articolo 613, ove sono ingiunte le forme della *dichiarazione*, vedesi l'obbligo del sequestratario esteso a denunciare *i censi e le rendite anco temporarie;* e questo io credo, ad esempio, mentre, se per altri titoli fosse il sequestratario debitore, dovrebbe ugualmente denunciarli.

È nel sistema francese imposto al pignorante l'obbligo di « enunciare il documento costitutivo della rendita, la sua quantità o valor capitale » (articolo 637); apprensione nominativa, specifica e singolare per lo pignoramento dei crediti e dei mobili. Noi abbiamo liberato il pignorante da siffatto vincolo; abbiamo ragionato che la cognizione dei titoli di debito è piuttosto affare del debitore, e non abbiamo voluto farne una condizione pericolosa del pignoramento. Non mancarono in Francia osservazioni sul progetto del Codice di procedura contro gli inconvenienti di una pratica in cui ogni errore o inesattezza, male imputabile ad un terzo, avrebbe cagionata la nullità del pignoramento. Il Codice seguì il peggiore consiglio. Si credeva di riparare mediante una interpellazione che si farebbe al futuro sequestratario, onde dichiarasse i propri titoli di debito se pure ce n'erano (Praticien, tom. II, pag. 260: Pigeau, tom. II, t. IV, cap. I, pag. 5): sistema ibrido e non seguito dalla nostra legge.

Articolo 621.

Quando il creditore, a termini dell'articolo precedente, si faccia assegnare in pagamento censi o rendite perpetue, questi sono ragguagliati a cento lire di capitale per cinque lire di rendita, e si osserva la disposizione dell'articolo 619.

Annotazioni.

1. *Osservata la disposizione dell'articolo* 619 (intendo col ministero del *pretore*), alla *stessa udienza* si effettua l'assegnazione, che del resto sappiamo essere in questo caso volontaria.

Non si parla che di *censi* e *rendite perpetue* che con un tratto di penna si convertono in una somma capitale, e presentano un risultato liquido e certo. Il pretore continua la sua funzione di giudice esecutore, a cui l'unica base di competenza è il territorio; competenza che cessa ad ogni soffio di contestazioni per le ragioni avvisate all'articolo 619. Si è anche detto il perchè della esclusione delle rendite temporarie da siffatta assegnazione bancaria. Un capitale la cui liquidazione inchiude la estimazione di diritti di varia natura, nell'ordinamento esecutivo si ritiene piuttosto un'azione che giova esporre in vendita (articolo 620), ma nell'accordo degli interessati il pretore stesso può farne l'assegnamento. E con esso, come pure fu sopra notato, si opera un vero trasporto di proprietà, una traslazione e vendita

(1) Ciò diciamo, in tema generale, onde subordinare la proposizione a quelle modificazioni che verremo notando nei luoghi opportuni.

giudiziale del diritto, che meglio si direbbe *aggiudicazione*.

2. Ho detto abbastanza per far intendere che nei vari articoli che stiamo esaminando, sotto nome di *rendite perpetue* non vengono che le *rendite semplici*, cui nel linguaggio del Codice civile è sinonimo il *censo* (art. 1792); ed ora aggiungo, che non possono comprendervisi le *rendite naturali*, o *in derrate*, la cui estimativa è di una elaborazione più difficile; non ammettono la pronta applicazione delle norme dell'articolo 621, nè quindi l'assegnamento bancario. Il debitore non dovrà essere privato dei vantaggi che la pubblica vendita può procurargli; metodo che astrae da una valutazione suscettibile di controversie, e che la legge della spropriazione ha dovuto preferire perchè più semplice, più proficuo al debitore, e più conforme al diritto comune delle spropriazioni giudiziarie.

3. Lo stesso deve dirsi dei *diritti enfiteutici*. A questo basterà il riflettere che la procedura parla di *censi* o *rendite perpetue* MOBILIARI, laddove i diritti enfiteutici si considerano *immobiliari* (articolo 413).

4. Si è veduto che l'*assegnazione dei censi* e *rendite perpetue* è puramente facoltativa al pignorante. Il caso più frequente sarà quello di un'eccedenza nel capitale della rendita; e il pignorante aggiudicatario dovrà versarla e farne il pagamento. Solo a tale condizione egli potrà essere dichiarato proprietario della rendita. Avrà luogo in tal caso una stipulazione giudiziale, o l'offerta reale e il deposito a termini dell'articolo 1259 del Codice civile.

5. Su questo punto della esecuzione, contestazioni possono nascere; ora si domanda *se il pretore mantenga la sua competenza*, o *debba rinviare la causa*, secondo l'art. 619. Ma poichè trattasi non d'altro che di esecuzione, il pretore, a mio avviso, rimane competente. Trattasi di esecuzione se la questione che sorge non versa che sul *modo del pagamento*, ritenuta l'assegnazione valida. Ma sopra contestazioni d'altra natura, ciò sono le contestazioni cadenti sul diritto e sul merito dell'assegnamento, provvede, col suo *veto* almeno, l'articolo 419. Allora la norma di competenza assume quegli aspetti che noi abbiamo segnalati nell'esame di questa legge.

6. La clausola *salva esazione* (articolo 619) è letteralmente riferibile al credito pecuniario. Se il sequestratario nel mezzo tempo fallisce, e nulla si può riscuotere, o non si può riscuotere che poco e dopo lunghe fatiche, è chiaro che l'assegnazione non vale pagamento, e l'azione del credito rimane salva. È facile tradurre quella previsione della legge agli effetti della garanzia che consegue dalla vendita. L'assegnatario della rendita (che è *mobiliare*) quantunque assicurata da ipoteca (articolo 414 del Codice civile), l'assegnatario della rendita subingredisce nella ipoteca e in tutti i diritti del debitore spropriato. Se l'alienazione non si effettua mediante stipulazione, se nel contratto non si modifichi la condizione della garanzia, avrà luogo quella di ragione per ogni vendita nella quale non sia stata promessa (articolo 1846 del Codice civile).

Articolo 622.

Nel pignoramento di censi, rendite e crediti fruttiferi sono comprese le annualità scadute al tempo della notificazione fatta a norma dell'articolo 611, e quelle che decorrano fino al giorno dell'assegno o della vendita indicati negli articoli 619 e 620.

Annotazioni.

Questa disposizione sembrerebbe una superfluità nel nostro sistema, tuttavia la chiarezza non nuoce mai. Pel nostro articolo 611, semplificato il cómpito al pignorante che comprende nella sua inibizione ogni debito del terzo senza specifiche indicazioni, l'art. 612 è perspicuo nel dichiarare che *dal giorno della notificazione di quell'atto*, il terzo è costituito *depositario* e *sequestratario giudiziale*, e quindi inibito ad ogni rilascio o pagamento. Ne segue che se il suo debito è formato di rendite, qualunque siano, come non può più spogliarsi del debito capitale, così non può più liberarsi dal debito degli arretrati, onde si vede che ciò che la legge dichiara nell'art. 622 era già contenuto nell'articolo 612.

Una dotta reminiscenza di questioni francesi suggerì quest'articolo. I francesi cominciavano dal separare il pignoramento delle somme o crediti semplici dai capitali investiti o rendite. Si dispone nell'articolo 565 di quel Codice, che il creditore sequestrante deve in un termine prefisso chieder la conferma del sequestro, istanza che si fa in confronto del debitore oppignorato (art. 564); e *deve farsene denuncia allo stesso sequestratario*. Mancando

la quale egli può liberamente pagare in mano del debitore.

Quando si tratta di pignoramento di rendite, non si ripete punto la prescrizione dell'articolo 565. Pareva quindi non ve ne fosse bisogno, e la inibizione onde non si pagassero nè le rendite scadute, nè quelle a scadersi, fosse sufficiente, senza ulteriore denuncia. Così di fatti la intendono alcuni eccellenti giuristi, fra i quali il Chauveau, ma per altri la cosa non è scevra di dubbio. Il dubbio starebbe in ciò, che le somme arretrate, come staccate dal corpo della rendita, possono rassegnarsi ai crediti semplici, alle somme al cui pignoramento è prescritto un rito diverso, e perciò esser applicabile il disposto dell'articolo 565. Due forme diverse di pignoramento in una, e soggette a regole distinte, malgrado il dettato dell'articolo 640 francese: « L'exploit de saisie « vaudra toujours saisie-arrêt des arriérages « échus et à échoir jusqu'à la distribution ». E voleva significare, che quand'anche non si fossero nominate nell'atto di sequestro le *rendite arretrate*, vi erano comprese. Ma questo medesimo intendimento dell'articolo faceva nascere nelle menti sottili dei glossografi il dubbio che ho accennato: questione che non ha alcuna importanza per noi, dovendosi in ogni caso seguire il rito prescritto nell'articolo 611 e nei seguenti.

CAPO VI.

DELLA VENDITA E DELL'AGGIUDICAZIONE DEGLI OGGETTI PIGNORATI.

Articolo 623.

Il provvedimento che ordina la vendita degli oggetti pignorati stabilisce il giorno, l'ora e il luogo in cui sarà fatta la vendita, delega l'uffiziale che vi deve procedere, e nomina il perito per la stima degli oggetti d'oro e d'argento, delle gioie e degli altri oggetti per i quali il pretore lo creda necessario.

Annotazioni.

1. Sopra istanza, in via sommaria (art. 575), proposta da una delle parti interessate, ma che d'ordinario si muove dal creditore pignorante, il *pretore* all'udienza decreta la vendita. Di che specie sia l'ufficiale delegando, lo dice l'articolo 627.

2. Il presente titolo ha due parti ben distinte. Nella prima si dispone della vendita degli *effetti mobili*, nell'altra delle azioni o dei diritti.

3. La stima non è propriamente necessaria che per oggetti d'oro, d'argento e per le gioie, intorno al cui valore l'uomo è facilmente ingannato dall'apparenza. La *stima* è cosa essenziale come base di un valore che dalle offerte per l'incanto non può essere diminuito (articolo 636). Ampia facoltà rimane al magistrato rispetto ad altri oggetti di valore, e io credo veramente che, non essendo pericoloso l'uso di tale facoltà, rimessa d'altra parte al buon giudizio di lui, non si debba, quasi anticipatamente ragionando, imporgli dei limiti.

Ma sento che il mio discorso ha bisogno di essere spiegato, e spiegandolo stabilirò qualche proposizione di massima.

La procedura che fu del regno di Napoli (art. 712) e la pontificia (§ 1190) prescrivevano la stima preventiva degli ori, argenti e oggetti preziosi da vendersi all'incanto. La pontificia voleva anche di più; la stima delle *librerie, gallerie, musei; greggi* o *armenti*; *fondachi, negozi* e *altri opifizi*. L'ho detto altre volte; quel regolamento meritava e merita di essere studiato. La stima era base all'incanto, ma con applicazioni diverse. Portando sempre sulla stima una diminuzione, dovendosi attendere il rialzo dalle offerte, si poneva a base di prezzo il *valore intrinseco* degli ori, argenti e oggetti preziosi, diminuito di un solo decimo. La diminuzione di due decimi per le altre

cose. *Valore intrinseco*, nel primo caso, significava distinzione dal valore, estimabile secondo i gusti, i tempi e le circostanze; quindi era ordinato al perito « indicare distintamente « il valore intrinseco degli effetti e il prezzo « della fattura » (§ 1292) (1).

Fu gran senno del legislatore romano (tacita ma evidente critica di tutte le altre procedure) non permettere che le materie, collezioni e università *sui generis*, descritte in quel paragrafo, fossero abbandonate all'incanto senza una estimazione precedentemente fatta da uomini competenti. E non importa il dire a quanti e quali inconvenienti si venisse ovviando con sì saggia misura, protezionista se vuolsi; ma un commercio che si fa per mezzo degli organi stessi della giustizia, dev'esser anche difeso dagli eccessi della libertà.

Veniamo al nostro Codice. Esso è prudente di maniera da lasciare al giudice la facoltà di ordinare la stima; e il giudice approfitterà dei proposti esempi. La stima o perizia del valore di oggetti rari e non generalmente conosciuti, di collezioni artistiche, scientifiche, fondachi, macchine, istrumenti di opifici od opifici complessivi, e via discorrendo, e ogni altra che piacesse al giudice di ordinare sarebbe forse *tassativa, o meramente indicativa?* In altre parole, si considera quale *elemento legale* del prezzo, o serve puramente di scorta e guida agli offerenti, istruzione di sentita opportunità, ma non precetto e regola che sia debito osservare?

È questo un richiamo di assai momento e un dubbio grave, mentre da un lato si dirà che, nell'ordinare o nel permettere l'ordinamento di stima di cose da vendersi al pubblico incanto, la legge deve avere in mira di regolare il prezzo e fissare norme invariabili e, come si direbbe, il *minimum* delle offerte; così appunto avviene in fatto di stima degli ori e argenti (art. 636). Ma bene altrimenti validi sono gli argomenti contrari per respingere questo modo d'interpretare l'art. 623 e le sue conseguenze.

L'argomento principale è quello, che non si potrebbe allegare veruna legge a sostenere la tesi. Dove si trova determinato alle offerte un *minimum invariabile*, fuorchè per gli ori ed argenti? (art. 635). Vedremo che persino in fatto di *gioie* il valore intrinseco, quantunque apprezzato divisamente dal pregio del lavoro, non è che indicativo. Una ragione vi può essere, e faremo di trovarla. Intanto, poichè la legge non *careat effectu*, dobbiamo contentarci di quello ch'essa medesima si propone, e non cercarne altro più categorico, e che ad alcuno potesse sembrar migliore. La legge *impera* o *dirige*; impone regole perchè crede che il bene non possa seguire fuori della osservanza di quelle, ovvero non fa che mostrare la via alla ragione libera dell'uomo, dando istruzioni e tracciando norme utili a mature deliberazioni. E noi siamo in uno di questi casi.

Articolo 624.

La vendita non può farsi prima che siano trascorsi giorni dieci dal pignoramento.

Quando si tratti di oggetti per i quali vi sia pericolo di deterioramento, il pretore può abbreviare il termine e anche autorizzare la vendita nello stesso giorno in cui sia pubblicato il bando, purchè vi sia l'intervallo di due ore dalla pubblicazione, e con lo stesso provvedimento può anche dispensare dalla notificazione del bando al debitore.

Annotazioni.

La nuova legge ha fatto una saggia modificazione alla precedente (del 1859), che nell'art. 722 prescriveva « fra la dichiarazione « del terzo e la vendita vi dovrà essere un in« tervallo non minore di giorni venti ». Ha potuto farla questa modificazione per avere opportunatamente distinto fra la vendita dei *mobili* e quella delle *azioni*, capitali investiti o rendite, come poi si vede nell'articolo 632. Ha fatto anche di più: ha dato ampie facoltà al magistrato della esecuzione per abbreviare il termine *sotto l'impero della necessità*, essendovi *pericolo di deterioramento*.

(1) Vedi appresso art. 628.

Articolo 625.

La vendita dei bachi da seta non può farsi prima che siano in bozzoli.

Articolo 626.

Qualora vi sia mercato nel comune in cui sono gli oggetti pignorati, il pretore ordina che la vendita sia fatta nel luogo e tempo del mercato; salvo che creda più vantaggioso che sia fatta in altro luogo e tempo.

Articolo 627.

Quando la vendita debba farsi nel comune in cui ha sede la pretura, è delegato per la medesima il cancelliere del pretore o un usciere; se fuori, il pretore può anche delegare il cancelliere del conciliatore, o un notaro.

Articolo 628.

Quando, a termini dell'articolo 597, siasi proceduto a sigillamento, l'uffiziale cui è commessa la vendita procede al dissigillamento, previa la ricognizione dell'integrità dei sigilli;

Il perito nominato per la stima degli oggetti d'oro o d'argento, e delle gioie, ne determina distintamente il valore intrinseco e quello del lavoro.

La relazione della perizia è ricevuta dall'uffiziale incaricato della vendita, il quale riceve pure il giuramento del perito facendone risultare da un solo atto.

Questa relazione deve essere unita al processo verbale del pignoramento.

Annotazioni.

1. La *sigillazione* è prescritta qualora nel *luogo del pignoramento non siavi peso adatto* per poter descriver con precisione gli oggetti *nel loro peso e marchio* (articoli 597, num. 7), cautela ad assicurarne la identità. Dato che il peso e marchio garantiscano la identità *dei pezzi d'oro e d'argento*, non pare che la cautela convenga del pari alle *gioie*. Nell'articolo 711, num. 7 del Codice del 1859, si parlò di *peso e marchio*, ma soltanto relativamente alle cose d'oro e d'argento; e si fece intendere nel secondo capoverso di quel num. 7 che le *gioie* dovevano essere *assicurate con suggelli*. Il loro scambio è così facile! Il che, lo sono d'avviso, abbia a praticarsi ancora oggidì, nonostante la locuzione alquanto equivoca dell'articolo 597, num. 7.

2. Qualche volta *materia vincit opus*, e qualche volta è vinta dal lavoro. A ogni modo, il lavoro è l'opera artifiziale dell'uomo intorno la materia; e da essa talmente si discerne, che la legge vuol conoscerne a parte il singolo pregio (1). Ciò è provvido, poichè il *valore intrinseco* ha qualche cosa di assoluto e di universale; il lavoro, cosa d'arte, o è inestimabile per suprema eccellenza dell'artefice, come una gemma cesellata dal Cellini, o tuttochè ragguardevole, scapita per la moda, pel tempo e per gli umori. Ed ecco una stima *per indicazione* e *non per imposizione*, permettetemi questa nomenclatura, che illumina e non costringe in veruna guisa la libertà degli offerenti, secondo le osservazioni da noi fatte intorno l'articolo 623.

3. *Procedimento.*

Come debba operare l'uffiziale delegato e il perito, se *col concorso delle parti* o *senza*, la legge se ne passa; e si osserverà indarno che la perizia di ori, gemme e oggetti preziosi, che fornisce l'elemento sostanziale del prezzo, è interessante quant'ogni altra, e non deve farsi *in abscondito*. Non potrebbesi ammettere alcuna delle forme imperiose con cui si dibattono e si compiono le perizie nel corso della

(1) L'articolo 783 del già Codice parmense ordinava la determinazione distinta del *valore intrinseco e di fattura*, aggiungendo: *ove meriti d'esser calcolata.*

lite, perchè noi siamo nel processo esecutivo, nel quale tutte si accordano le forme delle operazioni intermedie, e le regole sono speciali (1). Non vi è cosa più intralciata di una vendita giudiziale, e non pochi particolari sono riserbati alla prudenza del magistrato; ed eccone una. Noi abbiamo dall'articolo 636, che gli *oggetti d'oro, d'argento e gioie* devono restare esposti al pubblico *due ore almeno* prima dell'incanto. Il giudice dovrà ordinarlo nella sua sentenza di vendita. Nominando il perito e delegando l'ufficiale esecutore, farà bene coll'*indicare il giorno e l'ora* in cui seguirà la levata dei sigilli e la stima; la quale sentenza notificandosi al debitore, gli darà facoltà d'intervenire e fare ai periti le sue osservazioni. Con questo metodo sarà riparato all'apparente difetto della legge.

Articolo 629.

L'uffiziale incaricato della vendita deve annunziarla al pubblico con bando da affiggersi almeno tre giorni prima della medesima, salvo il caso indicato nel capoverso dell'articolo 624:

1° Alla porta della casa in cui sono gli oggetti pignorati.

Trattandosi di barche, chiatte, battelli ed altri legni di fiumi o laghi, e di mulini e altri edifizi mobili stabiliti sopra barche o diversamente, la copia è affissa sull'oggetto stesso che cade in vendita;

2° Alla porta della casa comunale del luogo in cui sono i detti oggetti;

3° Nel luogo in cui deve farsi la vendita, se questo sia diverso da quello in cui sono gli oggetti pignorati;

4° Alla porta della pretura da cui fu ordinata la vendita.

Articolo 630.

Il pretore può ordinare che un estratto del bando sia inserito in uno o più giornali da lui indicati.

In questo caso l'inserzione deve farsi tre giorni almeno prima della vendita.

Annotazioni.

Il pretore deve ordinarla colla stessa sentenza di vendita.

L'articolo 629 prescrive che il bando nei casi ordinari deve *precedere almeno di tre giorni* la vendita. E pure tre giorni prima si farà la pubblicazione nei giornali, se piaccia al pretore. Anteriormente (articolo 730 del Codice del 1859) questa facoltà del pretore era limitata dal valore degli oggetti da vendersi, inferiore a lire 500.

Articolo 631.

Il bando deve indicare:

1° Il luogo, il giorno e l'ora della vendita;

2° La data del provvedimento che l'ha ordinata;

3° L'uffiziale che deve procedere;

4° La natura e qualità degli oggetti senza specificazione.

L'usciere certifica in fine di una copia del bando l'eseguimento delle date pubblicazioni, indicando il giorno e luogo in cui furono eseguite. Questa copia rimane annessa al processo verbale di pignoramento, al quale si unisce un esemplare del giornale contenente l'inserzione fatta a norma dell'articolo precedente.

Il bando è notificato personalmente al debitore e al custode.

(1) Il Regolamento romano lo aveva dichiarato. Diceva nel § 1292 che *il perito scelto d'ufficio non poteva esser ricusato;* nel § 1295 « non è ammesso *verun reclamo contro la stima* del perito ».

Annotazioni.

1. *Il bando è notificato personalmente al debitore e al custode.*

Si è veduto più volte la legge distinguere fra *notificare in persona propria* e *notificare personalmente.* Ci sono dei casi nei quali si vuol essere assicurati che l'atto giunse direttamente nelle mani dell'intimato, senza quelle interposizioni che possono anche sviarne la destinazione lunghesso il cammino. Qui la legge si contenta di dire: *personalmente.* È pronta quindi la spiegazione dell'articolo 39. Non sarebbe un pleonasmo? No. Il debitore potrebbe avere un domicilio artificiale o legale, se così è meglio detto, qual è quello richiamato dall'articolo 367. È vero però che ogni notificazione che si fa al debitore nel corso del processo esecutivo s'intende doversi eseguire *personalmente.* Fors'anche si è voluto escludere qualunque rappresentanza procuratoria.

2. La legge non dice che debbano esser franchi al debitore, dalla notificazione in poi, i *tre giorni* che premette dalla pubblicazione del bando alla vendita (articolo 629). È deciso che non gli possono esser garantiti questi tre giorni; deciso da ciò, che se dall'affissione del bando alla vendita bastano tre giorni, la notificazione del bando (che s'intende fatta dopo la pubblicazione, onde il debitore abbia cognizione di tutte le formalità eseguite, e del modo con cui furono eseguite) non può essere fatta a lui con egual termine, eccettochè non si facesse nel medesimo giorno, il che la legge non prescrive.

Articolo 632.

Quando si tratti della vendita indicata nell'articolo 620, fra la dichiarazione del terzo e la vendita, deve essere un intervallo non minore di giorni venti.

Il bando indica anche il nome, cognome e la residenza del terzo debitore, il titolo e la qualità dei censi, delle rendite o dei crediti, il tempo dell'esigibilità, e, se siano garantiti con ipoteca, la situazione dei beni ipotecati.

Il bando deve affiggersi otto giorni almeno prima della vendita:

1° Alla porta della casa di abitazione del debitore principale;

2° Alla porta della pretura e in una delle piazze principali del luogo in cui deve farsi la vendita;

3° Negli altri luoghi che fossero designati dal pretore.

Il bando deve essere anche notificato al terzo debitore.

Articolo 633.

Quando la vendita non si faccia nel giorno stabilito, non vi si può procedere senza nuovo provvedimento del pretore, che ne stabilisca il luogo, il giorno e l'ora, e senza nuova pubblicazione del bando in conformità degli articoli precedenti.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Il processo di spropriazione della rendita ha preoccupati i legislatori francesi, e prima, e lungo tempo dopo l'attivazione del Codice. L'esecuzione sulle rendite (che prima si chiamarono *costituite sopra terzi*, di poi l'appellativo venne abolito) si osservava in duplice aspetto. Considerate le rendite costituite nella loro natura mobiliare definita dal Codice civile, il pignoramento si consumava all'uso di ogni altra cosa mobile, e quindi con una certa prontezza e semplicità di forme. Ma tutto ciò non era, secondo quei legislatori, che un preliminare, quasi una preparazione agli atti di vendita. Giunta la procedura a questo punto, cambiava natura e vestiva la forma della immobiliare. Gli scrittori francesi, più pazienti, bisogna convenirne, più tolleranti, più disposti a lodaro che a biasimare le cose loro, contro il costume nostro, trovano affatto naturale questo passaggio. Per quanto la legge civile rassegni i diritti e le azioni fra le cose mobili, una disuguaglianza di natura rimane incancellabile fra quelli e le cose materiali, onde, volere o no, si accostano all'indole delle immobiliari, non foss'altro, attesa la gravità ed importanza

(Chauveau, al tit. X, *De la saisie des rentes*, in principio).

È noto che in Francia la procedura dell'espropriazione forzata degli immobili subì non poche correzioni mediante la legge del 2 giugno 1841, e allora fu sentito generalmente il bisogno di ridurre anche quella della spropriazione delle rendite, che continuava pesantemente col sistema anteriore. Discussioni alle camere e lavori di commissioni non mancarono, indiritti principalmente a mettere in armonia quella parte del Codice colla legge del 1841, risultato che si ottenne nell'anno seguente; ma nessuna questione di principio, nessun criterio razionale fu portato sulla teoria della spropriazione giudiziale, in presenza della quale veniva a modificarsi, senza una ragione ben sicura, la distinzione delle cose stabilita dal Codice civile.

2. *Rassegna di alcuni principii.*

La legge, che non è speculativa, e si ritira, per quanto è possibile, dalle definizioni dogmatiche, si trova talvolta in faccia ad estesi orizzonti ove deve cogliere alcune idee fondamentali e primitive mediante un lavoro di doppia forma, mentre da un lato piegasi a ciò che l'ordine naturale impone, senzachè non avrebbero forza, e tornerebbero assurdi i suoi dettati, dall'altro deve rivestire i concetti filosofici e astratti di pratica attualità, di una efficacia rispondente ai bisogni della vita civile, scegliendo bene il punto in cui la volontà dell'uomo può modificare senza offesa gli ordini stessi di natura. Nessuna più vasta generalità che descrivere l'essenza delle cose, oggetto perpetuo degli umani diritti: eppure si è dovuto venirci a cominciare dai legislatori antichissimi, come fu per noi notato altra volta (Vedi articolo 583). Della prevalenza del tatto pratico dei legislatori moderni fa fede l'abbandono che si è fatto nella classazione, d'altronde verissima, *di cose corporali e incorporali*, che troppo si manteneva all'altezza ideale, e non toglieva *dall'oggetto del diritto*, che essendo la misura della loro utilità effettiva, deve porgere alla stessa definizione il suo sostanziale elemento. Nacque da ciò, che delle cose che sarebbero *incorporali* acquistarono, per così dire, concretezza e forma, come il diritto d'usufrutto e quello di servitù prediale (art. 415 del Codice civile); ed altre che permanevano in tutto il loro carattere mobiliare, secondo natura, come gli animali, gl'istrumenti, i semi di un fondo agricolo, vennero attaccate al genere immobile per l'oggetto; reale, per lo scopo economico che rappresentavano, salvo di ritornar altresì nel loro proprio e natural carattere di mobili una volta che quella relazione di finalità fosse loro mancata, o che un più potente riflesso di giustizia non avesse consigliato di romperla (1).

Non vi è istituto più razionale della procedura, per quanto coperto di forme e di aride prescrizioni. La distinzione di massima, fondata nella legge civile, si riflette di tutta la sua forza nelle leggi dell'espropriazione coattiva. L'idea dominante è sempre l'*oggetto di diritto*. Gli interessi patrimoniali, gli interessi commerciali si attengono più o meno fortemente, più o meno estesamente, a tali sostrati di diritto. La rapida circolazione delle cose mobiliari permette assai meno il raggrupparsi intorno ad esso di moltiplici e complicati interessi. Ma per le cose immobili vi è di più. Sono base ferma di diritti; li comprendono in sì variati aspetti, vi è tanta difficoltà di trasportare quell'ammasso in altre mani, rispettando gl'interessi di tutti e trasformandoli con abili evoluzioni per realizzarli tutto ad un tratto, che assolutamente lento e cauto dev'essere l'andamento di una tale spropriazione.

Poichè i francesi si trovano imbarazzati nell'attribuire un carattere puramente mobiliare alla esecuzione sulle rendite, non sono entrati, io credo, in simili considerazioni. La esecuzione sulle rendite può avere una certa speciale importanza, non si nega, e richiede qualche peculiare ordinamento. Ma qual rapporto oggettivo hanno siffatti diritti con un corpo immobiliare? Alto è il concetto della legge moderna di separare l'*oggetto* dalle *guarentigie* che pure possono avere nell'immobile (articolo 418 del Codice civile), poichè la guarentigia è estrinseca al diritto; non riguarda la sua natura, ma soltanto la sua effettuazione.

3. Il rapporto logico che si è venuto accennando fra le distinzioni del Codice civile e le forme della procedura esecutiva, era già noto in Piemonte prima dell'attuale legislazione; non così nelle provincie meridionali, ove si è sempre osservato il metodo francese. Senonchè il rito si è alquanto ampliato con qualche opportuna varietà per questo genere di cose, veduta che deve attribuirsi all'ultima legge, e appare dal confronto dell'art. 632 col primo periodo del 624. Quindi si è preso un inter-

(1) Mi pare di averne anche altra volta dato esempio nel diritto di pignorare cose mobili, immobili per destinazione, in certi casi dell'articolo 586. Ampiamente ne discorro nel commentario del Codice civile al titolo *Della distinzione dei beni*.

vallo di venti giorni invece di dieci per l'effetto della vendita, e questo a partire dalla *dichiarazione del terzo*, dichiarazione che, esponendo i documenti e le molteplici indicazioni ordinate dall'articolo 613, vuol essere studiata e maturata.

Intorno a ciò è da riflettere, che se l'intervallo non può esser minore di giorni venti, può ben esser maggiore. La dichiarazione del terzo può suscitare non poche e gravi questioni. La legge lo previde nell'articolo 614. Sono questioni che il pretore non decide mai *come giudice della esecuzione*, quantunque lo possa come giudice ordinario nei limiti della propria competenza (detto articolo 614). È ben necessario che le controversie prodotte dalla dichiarazione del terzo siano definite onde venire alla pubblicazione del bando.

4. La *pubblicazione del bando* è atto della parte e non del giudice; nondimeno è del giudice *stabilire il giorno, l'ora e il luogo in cui sarà fatta la vendita* (articolo 623). Perciò, a fronte di contestazioni nate dalle dichiarazioni, il giudice sospenderà il provvedimento; e se le contestazioni si presentassero dopo avere ordinata la vendita, si farà istanza al giudice stesso per la sospensione: nè si potrà in altro tempo fare o rinnovare il bando se il giudice non destini di nuovo il giorno della vendita.

Il bando deve restare affisso almeno *otto giorni* in luogo dei *tre* assegnati dall'art. 629. La disposizione dell'articolo 626 non è interdetta quando si trattasse di vendita di diritti importanti e il luogo non fornisse speranza di probabili offerte.

Articolo 634.

La vendita si fa ai pubblici incanti per mezzo di banditore a favore del maggior offerente e a danaro contante.

In difetto di pagamento si procede immediatamente a nuovo incanto a spese e rischio del compratore.

Annotazioni.

1. *Del diritto d'offerta. Del creditore offerente.*

L'articolo 1457 del Codice civile proibisce, anche per interposte persone, anche per pubblic'asta, *ai genitori di comprare i beni dei figli soggetti alla loro podestà; ai tutori, protutori e curatori i beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela* o *cura: ai procuratori i beni che sono incaricati di vendere; agli amministratori i beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura*, salva particolare autorizzazione; *ai pubblici ufficiali i beni che si vendono sotto la loro autorità e mediante il loro intervento.* In tutto questo vi è piuttosto un rispetto profondo della moralità che un vero e reale pericolo di abusare di sì delicati rapporti a danno delle persone che si ha dovere di proteggere. Qual danno al debitore il veder entrare in lizza un competitore di più, aggravante il prezzo con nuove offerte? Ma la legge, senza guardare un fatto più che l'altro, prende giustamente in sospetto questa doppia funzione, ove si deve credere l'egoismo avrà la miglior parte, e colla quale si crea una posizione affatto ripugnante.

Il creditore pignorante non ha veruno di tali legami; egli è un avversario dichiarato, è in istato, per dir così, di buona guerra col suo debitore. Nonostante, la legge gli fa una condizione a parte; e, come vedremo all'art. 638, gli concede bensì di acquistare la cosa, ma niente meno che a prezzo di stima.

Sono venuto in questo e in quel luogo investingando se il creditore pignorante possa anche per un momento vestire la giubba di un terzo e venire offerendo alla pubblic'asta. Non ho trovato veruna guida. Questo silenzio è indizio favorevole per lui. Non dirò quanto sia facil cosa ricoprirsi col nome di un altro, ossia mandare altri per voi: la legge, che veglia e tace, non vorrebbe certamente incaricarsi di compulsare una frode in un fatto simile; chè invero non si saprebbe a qual principio di moralità e a quale inviolabile dovere si fosse mancato. Per altro si può rispondere, non essere il creditore pignorante nella condizione precisa di qualunque terzo libero nella sua offerta; egli, volendo farsi aggiudicare gli *oggetti* messi all'asta, deve accettare il prezzo di stima: egli eluderebbe di leggieri questa legge facendosi offerente in una misura qualsiasi. Ognuno sentirà come sia di grandissima forza quest'argomento; e tale è per me, che sono costretto a dire che il creditore non si deve ammettere qual semplice offerente all'asta, almeno per non violare di fronte una legge così tassativa com'è l'articolo 638, checchessia della facile fraude che potrebbe eseguire.

Con tutto ciò lo penso ancora non essere assoluta siffatta esclusione del creditore pignorante, *ma soltanto allora che nessun altro oblatore si presentasse.*

Io argomento dall'articolo 638 (sul quale debbo anticipare), ove si parla infatti della *inesistenza di ogni oblatore.* In tal caso, colla gara che sorge, va a svanire ogni temuto pericolo di soffocazione per parte sua. Vi ha di più. Egli avrebbe un interesse legittimo di venire contraddittore di un offerente di vil somma per non essere defraudato dei suoi crediti, interesse vieppiù onestato da quello dello stesso debitore.

E secondo questo modo di vedere, i vari creditori pignoranti non sarebbero ammessi a gareggiare fra loro come offerenti.

2. *Del nuovo incanto.*

a) L'offerta obbliga quando non sia coperta e annullata da un'altra maggiore. Secondo il rigore di questa legge, l'oblatore che viene a comprare senza danari, incontra *ipso facto* una obbligazione che sembra irreparabile. E nello stesso atto infatti si dichiara dall'ufficiale esecutore che si va ad aprire un nuovo incanto *a spese e rischio* dell'offerente che non ha pagato. Quel *procedere immediatamente* non significa altro fuorchè una riapertura dell'incanto nello stesso luogo e nello stesso punto. Con furia non minore l'art. 624 del Codice di procedura francese: « Faute « du payement, l'effet sera revendu *sur le « champ* », ecc., e l'abbiamo fatto nostro in successive legislazioni senza badarci troppo. Tal prescrizione toglie di mezzo ogni dubbio su qualunque rimedio a purgare la mora che mai potesse chiedere il mal capitato oblatore. È da credersi che alla stessa udienza, o non potrà rinnovarsi con effetto l'incanto, o sarà il più svantaggioso, attesochè non potriano ripetersi che quelle offerte che già furono superate. Se per ventura il prezzo risulta maggiore, ricade come è naturale a profitto dei creditori, mentre la prima delibera si ha come non avvenuta; la differenza, la perdita, pesa sul compratore che mancò al debito suo.

b) L'offerta verbale del prezzo essendo obbligatoria, il danno dell'inadempimento è rappresentato dalla differenza e dalle maggiori spese: nulla di più semplice. *Ma quale autorità scioglierà la vertenza e ordinerà il versamento della somma?* L'ufficiale assistente e, sino ad un certo punto, dirigente gli atti di vendita, già lo ricordiamo, *è un cancelliere* o *un usciere* addetto alla pretura; o il *cancelliere del conciliatore*, o pur anco un *notaio* che il pretore manderà in missione per quest'oggetto (articolo 637). Delegato a semplici funzioni esecutive, senz'abito di giurisdizione, quest'ufficiale non pronuncia condanne, non rilascia ordini di pagamento. È ufficio adunque del pretore, e non altro che suo. Il creditore, o chiunque a cui interessa, gli porgerà istanza in forma incidentale; il pretore destinerà l'udienza e si procederà come di solito. L'oblatore, che la legge ama di chiamar *compratore*, può bene aver delle ragioni per difendersi. Può sostenere, per esempio, a dritto o a torto, ch'egli non fece la pretesa offerta, o non la fece in un modo decisivo, ma sotto certe condizioni; condizioni che non saranno punto accettate, ma permetteranno discutere se l'offerta fosse valida o nulla. Vi è dunque del contenzioso, e l'affare deve riserbarsi alla cognizione del magistrato (V. appresso l'articolo 640).

c) Una strana e inavvertita combinazione nascerebbe se fosse sentenziato *la offerta realmente non fatta* o *nulla*. Non è questa l'ultima ragione per la quale gioverebbe frapporre un intervallo fra l'uno e l'altro incanto.

Non ci potrebb'essere che una conseguenza sola. Il nuovo incanto fu efficace, non vi ha dubbio; il deliberatario che ha pagato non ha nulla ha temere: così esige la fede pubblica. Ma il supposto compratore, che non lo sarebbe, non dovrebbe risponder nè di differenza nè di danno.

d) Quid *se in luogo di aversi una vendita a minor prezzo si avesse un'asta deserta?*

Anche questa combinazione è rimasta inavvertita dagli scrittori. Se vi è danno quando la vendita non si è potuta eseguire che a prezzo minore, molto più vi sarà danno se non siasi più trovato compratore, neppure ad un rinnovamento d'incanto ai termini della prima parte dell'articolo 638.

Qui per altro due ipotesi possono formarsi: 1° *che il creditore domandi l'aggiudicazione* giusta la parte seconda di quell'articolo; 2° *che non la domandi o non sia in caso di domandarla* (1).

Noi sappiamo che il creditore non può domandare aggiudicazione che a stima. In tal caso il creditore procedente subentra e riempie il vuoto; e se la stima supera realmente l'offerta caduca, non si vede qual danno rimanga

(1) Per non essere il solo creditore (detto articolo 638).

a ripararsi, se ne togli le spese che si ritenesse avere occasionate il difetto dell'offerente (1). Se il creditore aggiudicatario opponesse che egli avrebbe potuto anche esimersi dal chiedere l'aggiudicazione ovo colui avesse adempito alla promessa, opino che non varrebbe. Oltrechè non si saprebbe qual conseguenza di danno volesse dedurne: il suo atto non cessa di essere volontario e suppletivo.

Nella seconda ipotesi l'affare diventa assai semplice, quantunque presenti una soluzione molto nuova. *L'offerente rimane*, volere o no, *il compratore definitivo*. E come questo? Perchè non essendosi presentato oblatore alcuno dopo di lui, e non essendovi neppure domanda di aggiudicazione per parte del creditore, egli deve rispondere l'*intero prezzo*. Ma allora è ben naturale, è ben giusto che, pagando il prezzo, a cui si può aggiungere il carico di spese ulteriori o danni del ritardo, è ben giusto, si diceva, ch'egli abbia le cose in corrispettivo del prezzo.

Articolo 635.

Quando la vendita non possa compiersi nel giorno stabilito, è continuata nel primo giorno seguente non festivo.

A quest'effetto basta la dichiarazione che ne è fatta al pubblico dal banditore d'ordine dell'uffiziale incaricato della vendita.

Annotazioni.

Avverto che la *operazione è unica*, come la parola *continuazione* ammonisce; per conseguenza non verrebbe applicabile l'art. 605.

Articolo 636.

L'incanto degli oggetti d'oro e d'argento, e delle gioie, non può farsi se non dopo che siano rimasti esposti al pubblico almeno due ore nel giorno e luogo stabilito per la vendita.

Gli oggetti d'oro e d'argento non possono vendersi per somma minore del valore intrinseco determinato dalla stima.

Articolo 637.

Gli oggetti d'oro e d'argento rimasti invenduti per mancanza d'oblatori sono dall'uffiziale procedente ritenuti in deposito come danaro per essere nella distribuzione del prezzo assegnati, per il solo valore intrinseco, in pagamento al creditore istante e agli altri creditori.

Annotazioni.

1. Nell'art. 628 si era preordinata l'opera del perito *per la stima degli oggetti d'oro, d'argento e gioie*, colla distinzione del *valore intrinseco* e di quello del *lavoro*. E l'articolo 636 (capoverso), che viene a regolare la vendita, dice che gli *oggetti d'oro e d'argento* non possono vendersi al disotto del valore intrinseco, e notabilmente tace delle *gioie*, ricordate nel primo periodo. Discretiva che diventa più sensibile col successivo articolo 637 e col seguente articolo 638. Ho trovato le espressioni corrispondenti negli articoli 743, 744, 745 del Codice del 1859, per cui dubbio d'inesattezza non ci può essere. Qual è lo scopo di sì palese separazione, dopo che tutti, *ori*, *argenti e gioie*, furono guarentiti da una stima preliminare alla vendita? Egli è che gli *oggetti d'oro e d'argento* non possono vendersi al di sotto del loro valore intrinseco; e se le offerte non arrivano a tanto, si abbandona l'asta e si portano sul banco del giudice per essere distribuiti *come danaro* (art. 637). Invece le gioie,

(1) Ne segue per ragione dei contrari che se la stima sarà inferiore all'offerta, il danno sarà rappresentato dalla differenza.

e con esse tutti gli ornamenti preziosi che sotto quel nome possono comprendersi, nel primo esperimento d'incanto non si deliberano che *giusta la stima del loro valore intrinseco*; ma nel secondo si cedono a qualunque offerta (articolo 638).

Perchè la diversità del metodo?

Il problema che la legge si studia di sciogliere con queste sue misurate e caute disposizioni sembra essere *la maggiore utilità delle vendite ch'essa intende procacciare colla pubblicità e col libero concorso per alcune speciali materie, regolando tale libertà con certe norme più o meno inviolabili di valore, e limitando anche talvolta il diritto stesso dei creditori col subordinarli a un determinato modo di pagamento*; e ne sono esempi gli articoli 619 e 637. Ma quando sia a temersi un certo sagrificio per parte dei creditori, una certa soverchia pressione, la legge si arresta, e lascia andare le cose comechè possa tornare a svantaggio del debitore, che infine del proprio male è la causa.

Con questi sottili avvedimenti la legge ha scorto che si poteva evitare una vendita disastrosa *degli ori e degli argenti*, assegnandoli agli stessi creditori per la uota del *valore intrinseco, che si reputa costante nelle transazione commerciali*. Tali cose, che sono di un lusso che si direbbe comune, oltre il servizio che rendono, sono assai facilmente alienabili. Le *gioie*, merce più ricca e, se mi si passa il termine, più bizzarra e capricciosa, che ha un men solido nucleo di valore intrinseco (V. il commento all'articolo 628), le *gioie* sarebbero di evidente imbarazzo ai creditori cui fossero assegnate, li forzerebbe ad acquistare contro volontà oggetti del gran lusso: questa considerazione ha fatto nascere l'articolo 638. Il giusto timore della grave iattura che può incontrarsi in tale deliberamento, accordato sopra qualunque offerta, si attenua dal considerare che se poi le gemme fossero di sì cospicuo pregio quale si suppone, il debitore, senza difficoltà, avrebbe potuto esitarle e pagare il suo debito.

2. Può immaginarsi che in luogo di pezzi d'oro o d'argento, misti a danaro, che pone sotto la mano del giudice distributore i mezzi di facili assegnazioni, si tratti di un solo capo, di un orologio, di una lampada, di un vaso, e via discorrendo; e che i creditori siano più. La legge romana suggerisce il rimedio, l'*adjudicatio* (Leggi 22 § 1, 44 § 1, 55 Dig. fam. ercisc.). La norma per altro è più direttiva che precettiva, eziandio fra gli eredi. Dalla quale considerazione discende come abbia ad intendersi l'articolo 637; se cioè sia *facoltativo* od *obbligatorio*. Secondo le premesse osservazioni, deve ritenersi obbligatorio, vale a dire, non potere il giudice prescindere dal l'applicarlo, *quando concorrano termini abili alla sua applicazione*.

Un solo creditore cui è dato in pagamento un magnifico servizio da tavola in oro (che compone un sol tutto) non sarà scontento di acquistarlo pel valore intrinseco del metallo anche dovendo sborsare qualche somma a conguaglio. Ma *figurandoci più creditori*, quale di essi si destinerà aggiudicatarlo? Sarà giustizia costringerlo alla compra coll'obbligo di sborsare la quota dovuta agli altri creditori? A tanto non si estende, io credo, la disposizione un po' riguardosa ed eccezionale dell'articolo 637. Si dovrebbe finire coll'ordinare la vendita dell'oggetto che non può dividersi in parti (V. articolo 652).

Articolo 638.

Quando all'incanto degli altri oggetti stimati e delle gioie non si presentino oblatori, o le offerte siano inferiori alla stima, si procede a nuovo incanto nel primo giorno seguente non festivo, nel quale sono venduti al miglior offerente ancorchè l'offerta sia inferiore alla stima.

Lo stesso ha luogo riguardo agli oggetti non stimati, per i quali non si presentino oblatori, sempre che, essendovi un solo creditore istante, questi non preferisca riceverli in aggiudicazione al prezzo di stima, da farsi per mezzo di perito nominato dall'uffiziale incaricato della vendita.

Per questo incanto si osserva la disposizione del capoverso dell'articolo 635.

Annotazioni.

1. Oltre le *gioie*, del qual genere si è parlato a sufficienza, qui troviamo nello stesso ordine contemplati *gli altri oggetti stimati*. Evidente è il richiamo all'articolo 623. Ivi è chiara la facoltà attribuita al pretore di ordinare la stima di quegli oggetti *per i quali la*

creda necessaria. In quel luogo si è per noi osservato che siffatte stime hanno un'indole piuttosto *direttiva:* con questo si fa un certo vantaggio al debitore, mentre si rischiara la verità agli oblatori. Eccone la prova: al secondo incanto la stima ha perduto ogni vigore imperativo.

E qui pure sembra a noi si precipiti un po' troppo, continuando l'incanto senza nuove pubblicazioni.

2. Il creditore, se è solo (perchè fra diversi competitori non si saprebbe a quale dare la preferenza), può domandare l'aggiudicazione *a prezzo di stima.* Ma a quale stima? A quella che fu già eseguita per ordine del giudice secondo l'articolo 623, qualora vi sia. E qualora la stima non sia stata fatta, chiedente il creditore, si ordina dall'*ufficiale incaricato della vendita*, che nomina il perito.

Questo diritto di aggiudicazione del creditore si frappone ponderatamente dalla legge fra l'incanto deserto e quello che sta per rinnovarsi. Prima dello esperimento si può nutrire speranza di un prezzo vantaggioso. Caduta la speranza, e nel timore di peggio, è bene accettabile l'acquisto che vuol farne il creditore medesimo a stima.

Pertanto se la stima esiste, sarebbe strano, e dirò ancora sconveniente, doversene fare una nuova: e così ritengo, benchè il capoverso dell'articolo non sia invidiabile per chiarezza. *Ma la stima da farsi sarà la stima reale* o *a largo estimo*, per così esprimermi, con certo riguardo dell'aggiudicatario forzato all'acquisto pel minor male? Potrebbe insinuarsi simile credenza dal vedere che, trattandosi di quegli oggetti che sono stimabili per decreto di legge (articolo 628), si determina una misura inferiore all'ordinario valor venale. Altre procedure tennero conto di questa situazione (1); ma effettivamente il nostro articolo non accenna che alla stima ordinaria. Considerata come una facoltà, l'aggiudicazione non impone carico al creditore.

3. *Può l'aggiudicatario creditore ritenere come deposito giudiziale il prezzo sino alla somma corrispondente al suo credito,* o *rimane egli pure soggetto al rigoroso disposto dell'articolo* 634? (2).

Non trovandosi veruna eccettuazione in proposito, questo aggiudicatario dovrà subire la legge comune. Soltanto non potrebbe a lui applicarsi la sanzione della decadenza espressa nel prefato articolo.

Articolo 639.

Per la vendita delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato si osservano le disposizioni delle leggi speciali.

Per la vendita delle azioni industriali il pretore può ordinare le forme speciali che creda opportune.

Annotazioni.

1. *Del pignoramento e vendita delle azioni industriali.*

Precedenti storici. — Dibattendosi nel 1842 al Parlamento francese la riforma legislativa sul sistema della espropriazione giudiziale, la commissione della Camera dei deputati ebbe a notare la incongrua distanza in cui la procedura esecutiva era rimasta verso il rapido progresso industriale, mentre alle nuove e variate forme dei diritti, e alle nuove combinazioni degli interessi, più non rispondeva la vecchia formola, e che per lo meno avrebbe dovuto ampliarsi. « Nous voulons par« ler, si diceva, des actions dans les sociétés « anonymes ou en commandite. Aucune forme « spéciale n'est tracée par la vente judiciaire « de ces valeurs, lorsqu'un créancier les trou« vant dans les biens de son débiteur veut en « faire le subjet de ses exécutions. Dans les « circonstances rares qui se sont presentées « où de pareilles exécutions avaient lieu, les « tribunaux ont suppléé au silence de la loi « en prescrivant des modes différents de vente; « ces modes ont consisté tantôt à opérer la « vente aux criées devant le tribunal, tantôt « à charger de ce soin, soit un agent de « change, soit un notaire. Il a été constaté « de l'emploi du premier de ces moyens, le « plus solennel cependant, un préjudice grave « est resulté par des parties intéressée; des « actions de la banque de France ont été « ainsi vendues à un quart au dessous du cours « de la bourse. Il a été conclu de ces faits, « que dans la loi présente cette lacune de la

(1) Regolamento romano, §§ 1345, 1347.

(2) Il § 1348 del citato Regolamento faceva abilità al giudice di così ordinare.

« législation pourrait être remplie; et qu'il « suffirait de déclarer que les formes qu'elle « indique s'appliqueraient aussi aux actions « dans les Compagnies de finance, de com- « merce et d'industrie » (*Rapport* feit à la Chambre des députes le 6 mai 1842).

La Camera dei peri, pur facendo testimonianza di questo pubblico bisogno, proponeva o mostrava almeno desiderare di più che una estensione o una semplice riforma delle leggi esistenti. La commissione delle Camera dei deputati ne andò persuase. Essa pure riconobbe che si entrava in un ordine d'idee affatto nuovo. Se le rendita (quale se l'era figurate il Codice di proced.) *repose sur la tête d'un tiers qui la doit*, le azioni sono oggi di solito *al portatore*. Quanto alle *azioni nominative*, osservavasi, grave difficoltà sorgere dall'interesse degli altri azionisti che non devono mettersi al rischio di ricevere quasi dell'azzardo un socio inviso senza prendere almeno opportune cautele. La legislazione era ancora da crearsi; e non era in quella occasione in cui trattavasi di modificare una legge nata ed uno scopo tutto diverso che dovevasi discutere di sì greve ergomento. E qui si fece punto, e la giurisprudenza fu abbandonata a se stessa.

Ciò che la pratica mostrò di più positivo si fu la inepplicabilità del rito assegnato all'incanto di cose mobili od immobili, di altre rendite ed azioni; si travide qualche cosa di speciale e *sui generis* nell'affare delle azioni commerciali e industriali, e si andò cercando un appoggio, una regola.

Ma in che consistevano le pratiche difficoltà del soggetto?

In fatto di rendita, diceva il relatore della commissione alla Camere per respingere l'emendamento di Persil, in fatto di rendita costituita la legge esiste. Me in fatto di *azioni* (industriali) ove si farà la vendita? In cospetto del tribunale con lunga e dispendiosa procedura? Avanti notaio, alle borsa, per mezzo di agenti di cambio? E al corso di cambio? Tutt'altra via infine da quella che è tracciata; procedimento economico sin qui sconosciuto, e quale il commercio esige. Osservando che un sistema tanto alieno dai precedenti non poteva in certo modo improvvisarsi, aggiungeva, che senza voler fare un programma, poteva già prevedersi come avrebbero dovuto distinguersi e classificarsi le azioni secondo la varia loro importanza e natura, e secondo l'interesse commerciale e industriale che in esse si contiene. Un particolare esame dovrebbe dedicarsi a quelle azioni nel caso che stabilimenti industriali, società, ovvero minori interdetti e corpi morali, fossero interessati. Non basta. Le *azioni* che stimate potersi alienare colla forme delle rendite costituite, o presso a poco, sono suscettibili non solamente di cessione e quindi di facile trasporto, ma eziendio di una trasformazione ben meritevole di studio, mentre l'azione è in questo momento *mobiliare*, domani, tra un quarto d'ora, potrà diventare immobiliare, se le società cessa di esistere. Più. L'azione potrà esser venduta per via di giustizia, sta bene: ma a quale scopo, se l'ezione non fosse di natura sua trasferibile ad altri? Io non comprendo, continuava l'onorevole relatore, come possa accettarsi aggiudicatario in una società di commercio colui che non sarebbe accettato quale cessionario; or dunque non sarà egli mestieri veder prima se tale nuovo socio possa ella società imporsi? Non si dovrebbe riportare l'assentimento dei soci? Tutte cose degne di essere meditate, futuri ostacoli, non lievi, alla legge da farsi.

Mentre si aspettava una legislazione della quale senza dubbio si esagerava l'importanze, il meglio a fare era riportarsi alla saggezza del magistrato. La corte di Parigi, in una notevole sentenza, considerato che una regola determinata di vendita per i diritti incorporali, e per le azioni industriali non esisteva in Francia, « dès lors, diceve, c'est aux juges à « régler le mode *dans leur sagesse*, *suivant* « *l'intérêt des parties* » (2 mai 1811, *Jurnal du Palais*, 3ª ediz., tom. II, pag. 298).

2. *Dell'attribuzione e competenza del pretore.*

Sino al presente Codice pare che l'eco di quelle discussioni non giungesse all'orecchio del legislatore. Io non dubito che una volta che vi si è posto mente, il soggetto non sia stato meditato col soccorso di tutti quei lumi che somministrano le tanto progredite condizioni del commercio. Eppure da tanto studio non è uscito che questo semplicissimo dettato, *il pretore può ordinare le forme speciali che creda opportune.*

Può tuttavia sospettarsi che sotto una formola arbitraria si nasconda una grave questione d'incompetenza. Siamo avvertiti per le solenni trattazioni di questa materia che abbiamo trascorse, che il metodo della vendita delle *azioni industriali* inchinde necessariamente una cognizione di diritto, senza cui non potrebbe regolarsi, talmente che si preconizzava una legge elaborata per provvedere a tutto. Se questo è un bisogno reale della giustizia, dev'essere d'ogni tempo; dev'esserlo tanto più oggidì, nella più estesa sfera dei

commercio e delle combinazioni industriali. E allora può ben dubitarsi come il pretore, magistrato d'ordine, che in materia esecutiva esercita un potere piuttosto amministrativo che deliberativo, la cui naturale competenza è sì limitata, potesse anche entrar giudice delle controversie che fossero per nascere sulla definizione dei prefati diritti.

Ma occorre indagare se quei dotti francesi non abbiano errato, portando sopra un semplice regolamento di vendita quesiti che forse non vi hanno rapporto.

Ripigliando il discorso alquanto più indietro, le *azioni industriali* (poichè non dobbiamo fuorviare dalla materia testuale) possono pignorarsi in due maniere: coll'apprendere che fa l'usciere presso il debitore i titoli o cedole che le comprovano, e questi consegnati alla giustizia, sono venduti all'incanto per quello che valgono; ovvero mediante *pignoramento* o *sequestro in mano di terzo*, onde poi si rende occessaria la dichiarazione di lui. L'esito ordinario di un pignoramento di questa seconda maniera è l'assegnazione del credito, ma non è tolto che il diritto possa anche vendersi. Imperocchè i disposti degli articoli 619 e 620 sono applicabili eziandio al fatto delle *azioni industriali*, coi temperamenti d'opportunità e di ragione.

Lungo la via contestazioni serie possono nascere certamente, e provocare attriti di competenza. Il terzo fa una dichiarazione che non soddisfa nè il pignorante, nè il debitore. Egli nega che questo pignorato sia un socio; o nega il suo contributo sociale; o stravolge le convenzioni per attenuare i di lui diritti; o sostiene la sua decadenza o la intrasmissibilità delle azioni. Ecco delle questioni che mettono in problema la esecuzione e il profitto che se ne spera. Alla decisione di simili controversie che scaturiscono dalla dichiarazione del sequestratario, la legge ha già provveduto nell'articolo 614. Uscendo il giudizio dal regolamentare della esecuzione, e portandosi sul diritto, la competenza è desunta dal *valore*.

Noi possiamo anche supporre che una questione tendente ad infirmare sulla vendita, si presenti *sotto forma di opposizione* art. 647). Si vede annunciato che le tali azioni sociali, nominative o no, che sono possedute da Tizio, saranno vendute all'asta. La società si oppone; si vuol provare che il preteso socio si trova in uno dei casi di esclusione preveduti dall'articolo 124 del Codice di commercio, o che le azioni sono state estinte, o che non appartengono a quella società. La cognizione di simili questioni sfugge al pretore, almeno come giudice dell'esecuzione; il tribunale civile al quale sono rinviate, potrà anche in certi casi rimetterla al tribunale di commercio, secondo i principii generali della competenza.

Così alle varie contingenze fornito il rimedio, questo puro e semplice regolamento della vendita può essere lasciato senza pericolo al senno, alla prudenza del pretore.

Decretando la vendita giusta l'articolo 623, *egli non arbitra che sulle modalità che crede più opportune* nella circostanza: ma in ciò il suo arbitrio è illimitato. Egli dispone, per esempio, che le cartelle, i titoli, le azioni siano vendute coi soliti mezzi, o piuttosto siano negoziati alla borsa per mezzo di un agente di cambio ch'egli deputa; in un tempo piuttosto che in un altro, secondo volga più o meno promettente il corso dei cambi, o le determinate azioni siano più o meno in credito. Onde può anche prescindere dal rito della pubblicità, prestandoci evidente analogia l'art. 610 sulla vendita dei frutti. Vi è in questa legge così semplice un tratto di esperienza che bisogna riconoscere, un ricordo degl'inconvenienti che si lamentarono altre volte (1), e che si vorrebbero evitare; l'incarico affidato al pretore è più delicato che difficile.

Il pretore non si occupa delle conseguenze. Se i titoli sono al portatore, nessun intralcio può seguirne. Se trattasi di azioni sociali, la legge determina che « i creditori personali di « un socio, finchè dura la società, non possono « far valere i loro diritti che sulla quota di « utili spettanti al medesimo, come risultato « del bilancio sociale, e sciolta la società sulla « quota al medesimo spettante sullo stralcio » (articolo 110 del Codice di commercio). Cessa la ingerenza sociale del socio spropriato: ecco tutto. Se questo fatto importasse anche lo scioglimento della stessa società, ciò spetterebbe alle conseguenze: le conseguenze sono di diritto, e non devono preoccuparsi in un regolamento di vendita. Invero il metodo è molto semplificato da quello che apparve altre volte. Bisogna convenire che le leggi che hanno

(1) « Il signor d'Argent, si scrive nel *Commentario del Codice sardo*, tom. v, part. I, pag. 331, nella discussione più volte citata del 1841 nella Camera dei pari il 29 marzo, narrava come essendosi pignorate alcune azioni di banca, e il tribunale, per difetto di legge speciale, avendone ordinata la vendita all'incanto innanzi a sè medesimo, quelle azioni furono alienate per fr. 76,000, mentre quel giorno medesimo, secondo il corso segnato alla borsa, avrebbero ivi dato il prezzo di fr. 100,000 ».

una missione operativa e dànno agli affari un moto, che sfuggito al consenso delle parti diventa necessario, hanno d'uopo del ben inteso concorso delle altre parti della legislazione; e solo in questa armonia di tutto il sistema può sperarsi una giustizia facile e sicura.

Articolo 640.

Quando il prezzo risultante dalla vendita di una parte degli oggetti pignorati sia sufficiente per il pagamento del credito dell'istante e degli opponenti, se vi siano, e delle spese, si soprassede alla vendita degli altri oggetti che saranno restituiti al debitore.

Annotazioni.

Due maniere di opposizioni noi conosciamo: *quella che ha carattere di pignoramento*; quella che può chiamarsi semplice, *che spiega la sua efficacia sul prezzo e sulla sua distribuzione*. La prima soltanto esprimendo una vera consociazione al pegno, rende passibile la materia pignorata di tutto il carico che le viene imposto dalle pignorazioni cumulate. Se all'incontro alcuno oppone che sul prezzo della vendita devono esser prelevati a suo favore certi diritti di privilegio ch'esso pretende, la sua pretesa è contenuta in quello stesso pignoramento o nel valore effettivo che è per risultarne, e non aggiunge materia nuova (1). Contuttociò l'ufficiale esecutore abuserebbe della sua un po' troppo estesa facoltà, se non tenesse conto di ogni sorta di opposizioni comparse prima della vendita, per la ragione che esse valgono o possono influire, chè qui è lo stesso, ad assottigliare il prezzo a danno del creditore pignorante.

Non è prescritto a quali specie di mobili abbia a darsi preferenza nella vendita. Questa che potrebbe chiamarsi economia della operazione, è uno degli attributi dell'ufficiale esecutore. Per lo più i gruppi delle diverse specie si dividono in *lotti* e se ne fanno vendite separate, talvolta complessive: regola e norma la proposizione del lucro.

Abbia cura l'ufficiale di dare una certa larghezza a' suoi calcoli; non lieve responsabilità gli è imposta. E si astenga da qualunque giudizio sul diritto degli opponenti, chè a lui non spetta; egli deve sempre presumerlo.

Articolo 641.

Il processo verbale si fa sul luogo della vendita, e contiene:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, giorno, e dell'ora della vendita, e delle rimessioni ad altri giorni e altre ore;

2° Il nome e cognome del creditore istante;

3° Il nome e cognome dell'uffiziale delegato per la vendita, e del banditore;

4° La ricognizione degli oggetti pignorati fatta in presenza del custode dall'uffiziale delegato, in confronto col processo verbale di pignoramento;

5° Il nome e cognome del debitore, e la menzione se sia stato presente alla vendita;

6° Il nome e cognome dei compratori, e il prezzo degli oggetti venduti.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti interessate presenti, del banditore e dall'uffiziale delegato. Se la vendita non sia compiuta di seguito, il processo verbale deve essere sottoscritto a ogni interruzione.

Articolo 642.

L'uffiziale delegato è personalmente responsabile del prezzo degli oggetti venduti.

Non può ricevere dai compratori alcuna somma oltre quella indicata nel processo verbale, altrimenti è reo di concussione.

---

(1) I crediti pei quali si effettuano più pignoramenti, rappresentano una *somma*; un prelievo, un diritto di compartecipazione sul prezzo è una *sottrazione*.

Annotazioni.

1. *L'esser responsabile del prezzo degli oggetti venduti* significa forse che l'uffiziale delegato si ritiene avere ritirato il prezzo, senza riguardo a qualunque nota da lui fatta sul verbale che il prezzo non fu pagato; ovvero risponde quale garante legale del deliberatario?

Delle opinioni severe si manifestarono su questo punto sino da vecchi tempi in cui vigeva in Francia l'Ordinanza del 1667. Rodier (all'articolo 17 del titolo 38) sosteneva che il pubblico ufficiale che aveva rilasciato i mobili al deliberatario senza ritirare il prezzo dovuto, era responsabile di guisa ch'egli dovrebbe versarlo del proprio, senza rivalsa contro il deliberatario che si presumeva aver pagato. Nè si faceva grazia al funzionario di qualunque annotazione contraria avesse fatta inserire nel processo verbale, per lo sospetto di abuso, e, in sostanza, di furto. Al quale avviso si accostava Jousse, l'altro non meno celebre commentatore della Ordinanza, affinchè non fosse lecito ad un usciere l'esigere il prezzo due volte. Duparc-Poullain non divideva questa opinione, alla quale però si aggiunse l'autorità del Carré (nota all'articolo 623 del Codice di procedura francese) e di altri scrittori.

La formola di questa legge, non diversa da quella del Codice francese, è certamente improntata di rigore. L'interesse pubblico lo esige. Noi non esitiamo a dire che l'uffiziale incaricato della vendita è costituito debitore immediato e diretto del prezzo che non gli è stato pagato, come se gli fosse stato pagato. Ch'egli non abbia azione d'indennità contro il deliberatario, ciò sarebbe intollerabilmente ingiusto. Del resto la presunzione del pagamento deve cedere alla prova contraria del verbale che sarà sottoscritto dal compratore.

2. *Della responsabilità del procedente per i fatti dell'usciere o di altro ufficiale pubblico.*

Altra volta si disputò se il creditore procedente fosse responsabile dei fatti dell'usciere o di altro pubblico ufficiale, che per sua istanza eseguisce atti espropriativi. Una responsabilità esiste, ma bisogna distinguere.

Ci sono realmente degli atti della procedura esecutiva nei quali l'usciere agisce come mandatario della parte. Tal è il pignoramento dei mobili. Le intemperanze, gli errori dell'usciere si scontano dalla parte verso l'oppignorato, salvo il ricorso per indennità contro l'usciere medesimo. Finita la operazione del pignoramento, e tornata regolare, cessa la responsabilità personale del creditore; comincia quella del custode, divisa sino a un certo punto dallo stesso usciere che lo ha nominato. Da quel momento gli oggetti sono consegnati alla giustizia; o trattisi della loro conservazione o del prezzo che li rappresenta, il creditore può esser esposto a pericoli e danni non meno d'ogni altro interessato, ma egli non è più personalmente responsabile. Nell'opera del pignoramento, l'usciere, come dissi, ha qualità di mandatario, sebbene di un mandatario legale, che oltre il mandato esercita una funzione ed è scelto di necessità in una classe a cui l'autorità di quella funzione è demandata. Dopo ciò, altri incombenti può l'usciere esercitare nel corso della procedura esecutiva, fra cui quella di regolare la vendita, ma allora, come ogni altro uffiziale pubblico, esercita solamente un atto del suo ministero, una funzione (Dalloz, v° *Saisie-exécution*, n. 338).

Ho detto che il creditore procedente è responsabile del fatto dell'usciere in ordine al pignoramento, ma è d'uopo distinguere ancora fra quegli errori cioè, e fatti dannosi che l'usciere si ritiene commettere *nella sua qualità di mandatario*, e quei fatti colpevoli che può commettere *per abuso della sua qualità di uffiziale pubblico*. S'egli arraffa cose pignorabili e non pignorabili, le manomette nell'apprenderle, viola le forme della procedura, agisce ancora nella prima qualità; il creditore ne risponde. Se collude col custode, se s'impadronisce degli oggetti oppignorati, se per colpa lata, prossima al dolo, li espone al deperimento, è un funzionario che abusa della sua podestà. Egli ne rende conto alla legge come alle parti danneggiate: ma il creditore non ne assume, neppure sussidiariamente, la responsabilità. E perchè questo? Se in effetto l'usciere ha proceduto a quegli atti quale mandatario di lui, poichè non avrebbe avuta facoltà propria per farli, come adunque non persevera sino al termine, e per ogni suo fatto, la responsabilità del mandante? Essa è limitata dai fatti personali e dolosi dell'usciere, perchè trattavasi di un *mandatario necessario*, perchè trattavasi di persona *rivestita di carattere uffiziale*, nella cui onestà e probità il creditore aveva diritto di porre fiducia.

3. *Della concussione dell'ufficiale delegato.*

La legge civile non vuole sostituirsi alla penale, non può farne le veci. Il capoverso del nostro articolo significa sol questo, che *l'uffiziale delegato che ha ricevuto alcuna somma non indicata nel verbale*, è rinviato al giudizio penale come imputato di concussione. Ossia è consegnato agli ordini del pubblico ministero,

che potrà istituire un giudizio penale. Non si deve però dimenticare, che per l'articolo 245 del Codice penale, tuttora vigente, non è reo di concussione se non quel funzionario che riceve od esige *dolosamente;* un pagamento in più potrebb'essere fatto per errore, ma l'errore che pur dovrebbe giustificarsi.

Articolo 643.

Quando il credito in capitale, interessi e spese, nel giorno in cui si procede al pignoramento, non ecceda lire trecento, o gli oggetti pignorati, sebbene per credito maggiore, non eccedano il detto valore, e non vi siano altri pretendenti, è in facoltà del creditore di farseli aggiudicare.

A quest'effetto l'usciere nomina un perito affinchè proceda alla stima degli oggetti, e li aggiudica al creditore istante sino alla concorrenza del suo credito e delle spese. Quanto agli oggetti d'oro e d'argento l'aggiudicazione si fa per il valore intrinseco determinato dalla stima.

Si fa risultare di tutto dal processo verbale.

Articolo 644.

Non ostante l'aggiudicazione, l'usciere provvede per la custodia degli oggetti aggiudicati a norma dell'articolo 599, salvo che sia altrimenti convenuto tra le parti.

Il debitore ha diritto al riscatto entro giorni dieci dalla data dell'atto, se sia stato presente, o da quella della notificazione di esso in caso contrario, pagando la somma intiera per cui furono aggiudicati gli oggetti.

Durante il termine del riscatto chi agisce in rivendicazione, deve conformarsi alla disposizione dell'articolo 647.

Annotazioni.

1. La facoltà di farsi aggiudicare i mobili oppignorati a valore di stima è stata già impartita al creditore pignorante dall'art. 638. Non può essere una ripetizione di quel disposto; dev'essere qualche cosa di diverso. La giacitura di quest'articolo, l'essere preceduto dalla descrizione del processo di vendita, può destare il dubbio se l'aggiudicazione presente non sia supplementaria, ammissibile cioè dopo gli esperimenti d'asta, e in difetto d'oblatori. Ma non si tarda a vedere che la disposizione è affatto eccezionale e limitativa dell'ordinario procedimento.

La podestà di accordare l'aggiudicazione è attribuita all'*usciere*, e s'intende all'usciere che ha praticata l'oppignorazione. Seguirà una domanda, base dell'esercizio d'ogni giurisdizione: la domanda sarà verbale. La sua prova risulta dallo stesso processo verbale.

Evidentemente questo modo quasi famigliare di pagamento giudiziale, è sostituito alla vendita. La tenuità dell'oggetto ha consigliato questa economia. Dunque non sentenza di vendita, non pubblicazione del bando (1).

Tale operazione pertanto si fa all'insaputa del pubblico; e persino ignorante il debitore, se la ragione, poichè la legge tace, e lo spirito generale della legislazione non ci obbligasse a credere che il debitore dev'essere avvertito e della domanda del creditore e della stima che va a farsi, altrimenti si permetterebbero sotto colore di transazione economica ben gravi abusi. Il correttivo lo troverai nell'articolo 644 e nella facoltà di riscatto lasciata allo stesso debitore.

2. *Sul modo e sul tempo* si può fare qualche avvertenza. Tutto va alla semplice. L'usciere non farà un decreto, ma chiamerà un pratico, il quale, sul luogo, alla vista degli oggetti, emetterà il suo parere. Senza muoversi da luogo, l'usciere raccoglie il parere del pratico e lo registra nel processo verbale; e dichiara

(1) Ritengo che la stima non sia giurata. La legge non fa cenno di *giuramento*, mentre lo richiede nel caso dell'articolo 628. L'usciere non avrebbe autorità di riceverlo. Sorgendo contraddizioni e reclami del debitore, giusta le osservazioni che farò intorno all'articolo 644, il perito potrà anche astringersi a giurare.

che in seguito di esso ha fatto l'aggiudicazione al creditore in conformità dell'articolo 643. Il processo verbale è come ogni altro processo verbale: descrive quello che si fa: è sottoscritto necessariamente dall usciere e dall'aggiudicatario.

Qualche difficoltà ci può essere in ordine al tempo. Forsechè non vi è alcun intervallo fra l'atto del pignoramento e l'aggiudicazione? E lo stesso atto potrà contenere la duplice operazione? Nulla è scritto; ma se è vero che *l'aggiudicazione è un modo di soluzione del pegno sostituito alla vendita pubblica*, ravvicinando il disposto dell'articolo 624, dovranno trascorrere *dieci giorni dal pignoramento*. È un comodo, un respiro concesso al debitore sopraffatto dalla esecuzione sul suo mobiliare spesso il più necessario. Vi sarebbe della soffocazione. Nè si reputa compensato dall'altro termine che ottiene dopo l'aggiudicazione, che ha un oggetto distinto, il *riscatto* della proprietà che si è già perduta.

A tale interposizione di un termine fra un atto e l'altro conferisce anche quella condizione dell'articolo 643, *che non vi siano altri pretendenti*. Un certo spazio allo sviluppo di simili manifestazioni bisogna lasciarlo. Ben potrebbero incrociarsi, per così esprimermi, i pignoranti, e cadere contemporanei sulle cose stesse, ma potrebbero eziandio comparire successivi, giusta la prevalenza dell'art. 598. Avvertasi che le pretensioni di cui si parla nell'articolo 643, possono dimostrarsi anche *per semplice opposizione*. L'usciere, che non è un giudice, dal sorgere di una opposizione qualunque è privato ad un tratto della sua attribuzione esecutiva.

E ne consegue allora che, non potendo aver luogo questa aggiudicazione compendiosa, il procedimento esecutivo avrà il suo corso ordinario.

3. *Nel corso di dieci giorni* (articolo 644) ulteriori opposizioni possono presentarsi.

Ma di qual genere? Di quelle che hanno per oggetto la rivendicazione, nessun dubbio, essendo specialmente dichiarato nell'art. 644. È palese che la relativa domanda è diretta al pretore secondo l'articolo 647. *Che si dirà delle altre opposizioni*, che giusta l'articolo 646 *si fanno sul prezzo?* Si respingono forse? non sono ammissibili? Basterà dire che l'aggiudicazione è avvenuta; che la proprietà è già trasportata nel creditore oppignorante; che il termine dei dieci giorni è semplicemente una comodità del debitore per effettuare il riscatto? Da tenue disposizione controversia non lieve.

In contrario si dirà che la giustizia parla a favore degli opponenti. Se i mobili sono il pegno del creditore che se lo fa aggiudicare, lo sono altresì e più ancora, di altri creditori a lui prevalenti; dei creditori privilegiati. L'aggiudicazione esiste, ma non è definitiva; il riscatto e le domande vindicatorie la risolvono; d'altra parte l'articolo 646 è generale; bisognerebbe trovare una limitazione espressa nella legge, limitazione che non è scritta.

Eppure lo debbo decidermi per quel sistema che si regge piuttosto alla forma, e mettere in disparte codes e considerazioni ben rilevanti.

È una procedura *sui generis*, affatto eccezionale, di studiosa brevità e semplicità. L'aggiudicazione è definitiva, salvo il riscatto che è un beneficio personale al debitore. L'opponente è posto in linea coll'oppignorante, ma allora soltanto che l'opposizione precede l'aggiudicazione (articolo 643). È ammessa la vendicatoria; vale a dire l'esercizio del diritto di proprietà, per una ragione assai potente. Che il possesso dei mobili passando nell'aggiudicatario, gli varrebbe titolo di proprietà (articolo 707 del Codice civile) e impedirebbe ogni rivendicazione successiva (1).

Del diritto di ricorso e di appello.

L'esercizio del diritto di riscatto sarebbe l'approvazione formale del giudizio dell'usciere. Ma il debitore può sentirsene gravato. Mobili di un valore superiore si sono assegnati al creditore che ne fa un guadagno illecito a scapito del debitore medesimo. Un quadro che si crede di gran pregio, è stato mal giudicato dal perito; il debitore crede che la vendita pubblica potrà suscitare utili gare. Ricorre al magistrato, al pretore. Mal compreso da lui, ha dalla legge il diritto d'interporre appello (articolo 156).

(1) È chiaro che se si ammettessero opposizioni sul prezzo, l'aggiudicazione dell'articolo 643 non avrebbe più luogo; ma soltanto potrebbe aver luogo, piacendo al creditore pignorante, quella dell'articolo 658 dopo lo sperimento d'incanto.

CAPO VII.

DELLE OPPOSIZIONI E DELLE DOMANDE IN SEPARAZIONE DEI MOBILI PIGNORATI.

Articolo 645.

La vendita e gli atti che la devono precedere non possono essere sospesi per la opposizione del debitore, se non sia ordinato dall'autorità competente.

Annotazioni.

Qui si confonde alquanto il linguaggio col moltiplice uso della parola *opposizione*. Essa dovrebb'essere riservata a significare le contraddizioni che sorgono per parte dei terzi contro l'azione del pignorante, ora per menomarne gli effetti colle distrazioni, ora col fargli contrasto sulla distribuzione del prezzo. La *opposizione del debitore* consiste nelle eccezioni che viene proponendo contro la procedura, contro la sua forma, contro gli indebiti pregiudizi che gli arreca. A cominciare dal precetto sino alla vendita, ognuna delle operazioni giudiziarie potrebbe venire sturbata dai tentativi naturali alla sua posizione: il debitore oppignorato ha la più decisa tendenza alle questioni di nullità. La legge taglia corto; ma non si escludono le contingenze gravi onde l'*autorità competente* possa anche decretare la sospensione. Vedremo, parlando dell'art. 647, quale sia l'autorità competente.

Articolo 646.

I creditori, ancorchè privilegiati, non possono fare opposizione che sul prezzo della vendita.

L'atto d'opposizione deve esprimerne i motivi, e contenere l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza, a norma dell'articolo 563.

Esso è notificato al creditore istante, al debitore e all'ufficiale incaricato della vendita; in difetto l'opposizione non è efficace.

Annotazioni.

1. *Del diritto di opposizione.*

La opposizione è per causa di credito o per causa di proprietà, di cui tratta l'articolo che segue. La *opposizione per causa di credit* si manifesta in più modi; o con atti di contemporaneo o di successivo pignoramento (art. 598; ovvero con atti semplici, manifestazioni di pretese dirette a compartecipare del pegno sul prezzo che è per risultarne dopo la vendita. La opposizione per via di compignoramento ora ha l'effetto di associazione, come si è detto più volte, riunendosi le due esecuzioni, il che fu spiegato al suddetto articolo 598; talvolta la seconda esecuzione, indarno tentata perchè preceduta da altra ch'ebbe il suo compimento, si risolve *in opposizione sul prezzo*, ove non si trovi altra materia pignorabile, chè allora si forma un nuovo pignoramento.

« Questa opposizione, insegnò Pothier, « tende a farsi pagare sul prezzo delle cose « sequestrate, sia per privilegio se sono oppo« nenti privilegiati, sia per concorrenza, sia « almeno per farsi pagare con ciò che rimarrà « dopo che il sequestrante sarà stato soddis« fatto, nel caso che quel sequestrante abbia « diritto di essere pagato preferibilmente agli « opponenti. Da ciò risulta che i creditori op« ponenti diventano in qualche modo seque« stranti (1), e ne nasce: 1° che, invece di « arrestare il corso del sequestro, la loro op-

(1) Ogni cosa materiale essendo destinata a trasformarsi in prezzo, viene quindi applicabile per ultimo, e sino a un certo punto, la teoria del sequestro.

« posizione farebbe sì che, se il sequestratario « tardasse dopo il tempo prefisso dalla Ordinanza (1) a procedere alla vendita, l'uno dei « creditori sarebbe in diritto di citarlo, perchè « gli fosse intimato di farlo, e mancando di « farlo in tempo breve, l'attore sarebbe surrogato nel sequestro rifacendogli le sue spese, « per lo che il sequestrante sarebbe obbligato « di rilasciargli l'atto di sequestro, perchè su « quel precetto potesse l'opponente, come surrogato, procedere alla vendita delle cose sequestrate (2). — Nasce in secondo luogo che « il sequestrante non può far cessare il sequestro a danno degli opponenti, liberandone « il loro debitore; questa liberazione non impedisce che il sequestro sussista riguardo « agli opponenti che possono farsi surrogare ».

Sin d'allora la procedura era stata portata a quella semplicità che ha poi sempre conservata. La opposizione alla vendita non fu più permessa, ovviandosi perciò a tutti quegli inconvenienti ch'era solita produrre. Si ripete anche ora che i creditori, *ancorchè privilegiati*, non potranno valersi di altro mezzo. Il creditore dei fitti non può esercitare in altra guisa il suo privilegio dopo che i mobili furono da altro creditore oppignorati.

2. *Della forma della opposizione.*

Ad ogni modo o *per via di esecuzione* o *di opposizione*, propriamente detta, i creditori esercitano un *jus pignoris:* diritto reale che deve avere necessariamente la sua giustificazione nei documenti che dovranno prodursi nella causa di distribuzione del prezzo; ma alla validità ed efficacia della opposizione non si esigono che i requisiti prescritti dall'articolo 646, capoverso, uno dei quali è la *notifica all'ufficiale incaricato della vendita.* Poichè le opposizioni non vanno a cadere che sul prezzo, tale formalità sembrerebbe superflua, ma che non lo sia, si dimostra sotto più rapporti. L'articolo 643 accorda al creditore procedente l'aggiudicazione per il suo credito non superiore a lire 300, sempre chè *non vi siano altri pretendenti*, i quali sono gli *opponenti* che si fecero conoscere all'ufficiale incaricato della vendita. Lo stesso avviene in quanto riguarda l'aggiudicazione proposta dall'art. 638. L'ufficiale suddetto deve dunque avere il quadro delle opposizioni, le quali, senza possedere la virtù di provocare la vendita, possono renderla necessaria coll'impedire l'aggiudicazione a favore del creditore oppignorante.

3. *Della materia della opposizione.*

L'atto di opposizione ha un'efficacia che trae dalla sua forma, indipendentemente dal titolo a cui si appoggia. Ma quando si verrà nel giudizio di distribuzione del prezzo a discutere dei diritti dei concorrenti, si troverà che i crediti ammissibili nel concorso sono di due maniere. Reali o privilegiati, che si esercitano sul prezzo come si eserciterebbero sulla cosa stessa prima della sua trasformazione (ricordo l'esempio del locatore per il credito dei fitti sui mobili che fornivano la cosa locata). Eziandio non giudicati, tali titoli di credito, dimostrati al giudice per documenti, sono ammissibili; tanto più che in quelle somme essi hanno la loro guarentigia, e fuori di quelle, in condizione di crediti semplici, molto probabilmente sarebbero perduti. Ma per quanto concerne crediti d'altra natura, specialmente se fossero contestati, non potrebbero essere ammessi *de plano;* il supposto debitore ha diritto di vedersela col preteso creditore in competente sede di giudizio, e discuterne, occorrendo, nei due gradi di giurisdizione. Sotto questo aspetto la *opposizione* dovrebb'essere appoggiata *a un titolo giudicato*, quantunque non spedito in forma esecutiva, che è il simbolo del potere sovrano nella cui autorità i beni si tolgono al loro proprietari per consegnarli alla giustizia; mentre qui non si tratterebbe che di esercitare un diritto sopra una materia legittimamente trasmessa alla giustizia medesima (3).

4. *Quale sia il destino delle opposizioni quando ad istanza del debitore venga annullato il processo esecutivo.*

Corrono tre opinioni diverse: una è quella di Pothier, che colla solita sua chiarezza si esprime così: « Osservate che quando sull'opposizione del sequestratario (debitore) il sequestro è dichiarato nullo, questa nullità « fa cadere tutte le opposizioni, perchè codeste opposizioni essendo accessorie del sequestro, è necessario che cadano col sequestro » (*Trattato della procedura civ.*, part. II, cap. XI, § 3).

Rodier e Jousse, commentando la Ordinanza, proposero una distinzione in quanto la esecuzione fosse annullata per vizi di forma, o

(1) È noto che Pothier ragionava sulla Ordinanza del 1667, primo nucleo e fondamento in gran parte delle moderne procedure.

(2) Questa regola però ha subita una notevola modificazione, come si è veduto trattando dell'articolo 575.

(3) Il soggetto qui appena toccato dovrà riassumersi nel tema della *distribuzione del prezzo.*

come non fondata in diritto, attesa per esempio la prescrizione del titolo (1). Nel primo caso tutte le opposizioni rovinano e vengono meno come quelle che si attaccano a un processo che non ha sussistenza; ma nel secondo, dacchè la materia del pegno sulla quale si esercitano i diritti dei vari creditori, sarebbe regolarmente pervenuta in mano alla giustizia, sufficiente appoggio avrebbero le *opposizioni* dei terzi (sull'articolo 12 della Ordinanza del 1667, tit. XXXIII).

Una terza opinione fu recata in mezzo dal Pigeau. Egli sostiene che per qualsivoglia causa si verifichi la nullità del processo esecutivo ad istanza del debitore, le *opposizioni* stanno, argomentando dall'articolo 796 del Codice di procedura francese, nel quale si dichiara che « la nullità dell'arresto, qualunque » sia la causa per cui è stata pronunziata, non » importa nullità delle raccomandazioni ».

Il Boitard, mettendo al vaglio le varie sentenze, respinta quella del Pigeau per non avere la esemplata ipotesi verun rapporto col citato articolo 796, giudica secondo ragione logica meglio fondata quella di Pothier; ma, giusta l'utilità pratica, essere prevalente quella dei vecchi chiosatori della Ordinanza (agli articoli 609, 610 del Codice di procedura francese, num. 869).

Noi diremo, seguendo sino a un certo punto l'opinione di Pothier, che, se il pignoramento è nullo, niun'altra azione giuridica che avesse bisogno di quel sostrato, e non si sostenesse in titoli propri, capaci di produrre quell'effetto, potrebbe, per qualsivoglia finzione di diritto, restar ferma (2). Tanto meno potrebbe nel nostro sistema adottarsi l'opinione di Pigeau, in quanto essa suppone una facoltà nei creditori opponenti di surrogarsi al creditore oppignorante a proseguire gli atti esecutivi, facoltà che noi troviamo assai limitata dall'articolo 575. Ed è pur questo l'argomento che ci sembra insuperabile, per venire alla stessa conclusione nella ipotesi che l'oppignoramento sia caduto per difetto, vuoi del titolo esecutivo o del credito per cui vi si è proceduto. Oltre di che, la distinzione, per certo ingegnosa, di Rodier e Jousse, non ha che un valore apparente. O la *opposizione* è semplicemente *per causa di credito*, concentrandosi sul prezzo, presuppone la vendita; ma la vendita suppone a sua volta la efficacia del pignoramento, e sono rapporti necessari. O la *opposizione* è fondata *in diritto di proprietà*, essa non è mai pregiudicata, e può esercitarsi con azione vendicatoria, se e come di diritto, contro il possessore.

Due sono le limitazioni a questa teoria, e amendue hanno riscontro nel citato art. 575. I *creditori compignoranti* rispetto ai mobili, e gl'*ipotecari* rispetto agl'immobili (ad un certo momento della procedura), sono i soli che raffigurano una opposizione, che vogliamo chiamar sostanziale, in quanto cioè basta a sostentare la esecuzione e tenerla in vita; quelli, mediante certi fatti per conto proprio; i secondi, in virtù della medesima ipoteca.

Ho debito d'insistere sopra un argomento, di cui sento la importanza anche per altre conseguenze che se ne possono dedurre.

Troveranno i pratici, che l'opinione degli antichi commentatori dell'Ordinanza, superiormente ricordata, è avuta in pregio anche dal Carré, Chauveau, Berriat e Thomine (Carré, quest. 2067). Vi è dunque del pericolo a scostarsene. Ma, ripeto, è una questione che si collega coll'altra del *diritto di prosecuzione* degli atti esecutivi, mentre se i creditori opponenti, semplicemente tali e non compignoranti, non avessero azione per surrogarsi allo stesso pignorante, come si è dimostrato non avere, mancherebbe loro una vera ed effettiva consolazione al pegno. Indirettamente la legge nostra avrebbe sciolta la grave questione.

Senonchè le *opposizioni anteriori alla vendita avrebbero* tutta la loro efficacia, *consumata che fosse la vendita;* ed è allora che ha luogo e opera efficacemente l'accennata distinzione fra la nullità di forma e quella che è particolare all azione del procedente. Nel quale secondo caso i creditori opponenti esercitano un vero diritto di sequestro sul prezzo realizzato, poichè essendo quello il risultato legittimo dell'oppignoramento eseguito a carico del debitore comune, l'esito è assicurato a favore di quelli i quali non avrebbero avuto azione per produrre un tal effetto, ma hanno facoltà di approfittarne.

5. *Delle opposizioni posteriori alla vendita.* (V. le *Annotazioni* dell'articolo 651).

(1) Noi esponendo l'articolo 579 abbiamo sostenuto che la questione di prescrizione, non ammessa dalla sentenza, non può agitarsi per via di *opposizione al precetto;* ma può farsi in qualunque altro caso di estinzione del credito.

(2) Da ciò si vede quale vantaggio siasi procacciato quel creditore che praticò il pignoramento in uno dei modi indicati dall'articolo 598.

Articolo 647.

Chiunque pretenda avere la proprietà, o altro diritto reale sopra tutti o parte dei mobili pignorati, può, citando il creditore istante davanti il pretore che deve provvedere per la vendita, opporsi alla medesima, e proporre la separazione a suo favore di quanto a lui spetta. L'atto di citazione deve contenere l'elezione, o la dichiarazione di domicilio o di residenza, a norma dell'articolo 563.

Il pretore ordina la sospensione della vendita, assoggettando o no l'opponente, secondo le circostanze, a dar cauzione per il rimborso delle spese e il risarcimento dei danni, e pronunzia egli stesso, se sia competente per valore; quando non sia competente rimette le parti a udienza fissa davanti il tribunale civile.

Il provvedimento di sospensione della vendita è notificato al creditore pignorante, al debitore e all'uffiziale incaricato della vendita.

Questa notificazione vale citazione per comparire all'udienza stabilita.

Se l'opposizione sia rigettata, può l'opponente, oltre alle spese e ai danni, essere condannato in una pena pecuniaria estendibile a lire trecento.

Annotazioni.

1. L'usufruttuario, e parimente ogni altro che ha *un diritto reale* sui mobili oppignorati, può domandare la *separazione* (parola che sostituisce felicemente la *distrazione* degli anteriori codici sardi), se il suo diritto non percuote che una parte di essi; e *opporsi alla vendita* se la sua azione tutti gli abbraccia; quindi non il proprietario soltanto, sul che diede campo a disputare l'articolo 608 del Codice di procedura francese. Opporsi alla vendita, è reclamare per conseguenza la restituzione del possesso di cui la esecuzione ci ha momentaneamente privati. L'usufrutto sui mobili, a differenza di quello sugli stabili, rende inerte il diritto di proprietà, poichè l'usufruttuario potrebbe eziandio legittimamente consumarli coll'uso; onde il creditore del proprietario, durante l'usufrutto, è inibito ad oppignorarli.

L'*azione di separazione* conviene non meno ai mobili di specifica individualità che alle masse indistinte (granaglie, olii, ecc.), quando si abbia su tali frutti e derrate diritto di comproprietà; diritto di comproprietà che appartiene altresì all'usufruttuario di cose fungibili (Leg. 4 de usufr.; articolo 483 del Codice civ.).

2. *Del diritto di pegno.*

Il diritto di pegno può formare una specialità rimarchevole.

Il contratto di pegno costituisce il pignoratario possessore legittimo del mobile dato in pegno, e talmente legittimo che siffatto possesso è condizione del suo diritto di privilegio (articolo 1882 del Codice civile). Se il mobile dato in pegno, e che si trova posseduto dal terzo, viene pignorato da un creditore del debitore, il pignoratario non ha forse diritto di rivendicarlo, e perciò di opporsi alla vendita?

No, il diritto di pegno è sempre considerato come un privilegio, e non altro che un privilegio, o sia costituito dal debitore o da un terzo per lui (articoli 1882, 1883, 1958, num. 6). Poichè non fu trasferita per esso la proprietà nel creditore, può farsene oppignoramento in mano sua, giusta le disposizioni degli art. 611 e seguenti della procedura. La differenza che passa fra il possesso *jure pignoris* e quello *jure usufructus* è troppo manifesta, a questa solo appartenendo il dominio all'oggetto *utendi et fruendi*, e, come di ragione, la proprietà effettiva e l'assoluto diritto di disporne.

3. *Della citazione.*

L'articolo non prescrive che la citazione del *creditore*. L'interesse però si estende eziandio al debitore oppignorato, che non può mai essere considerato qual terzo; solo gli *opponenti* sono veramente terzi in questo giudizio, e non occorre citarli. Il *loro interesse è diretto*, immediato e presente *dopo la vendita*, quando si tratta di far ragione del prezzo; massima che concorda colle dottrine pur ora esposte *sul diritto degli opponenti.*

All'obbligo generale di citare il debitore supplisce nondimeno l'altro prescritto, *di notificargli il provvedimento di sospensione*, che *vale citazione*; per il che basterà istaurare il giudizio di rivendicazione contro il solo creditore.

4. *Della competenza.*

La facoltà che compete al pretore quale magistrato della esecuzione, si restringe a ordinare la *sospensione della vendita*. E questo è pure un giudizio ch'esso emette *causa cognita*. Se la domanda non ha il menomo fondamento, e si presenta evidentemente capricciosa, può di tratto respingerla, negarle l'onore della discussione; se la domanda ha qualche fondamento, ordina la sospensione; e allora egli assume una funzione diversa; si riveste, per dir così, di un diverso abito di competenza, non è più il giudice degli atti esecutivi: è un giudice del merito.

Quindi è che il pretore è tenuto a misurare la sua competenza nelle proporzioni del valore; rimettere altrimenti la causa al *tribunale civile*.

La misura del valore qual è? Bisogna cercarla nelle regole fondamentali della competenza, nell'articolo 75, num. 2: *Il valore degli oggetti controversi*. Quello di fatti è l'oggetto della questione incidentale che sorge di mezzo al procedimento esecutivo, totalmente diviso, se non si vuol dire contrapposto, dall'oggetto della esecuzione.

Qualunque sia il valore dei mobili ed effetti di cui si domanda la rivendicazione, il sedicente proprietario o comproprietario non dovrà portare la sua querela che al seggio pretoriale. Si è già detto che il pretore dà il passo a questo nuovo giudizio *con un decreto di sospensione*. La legge in questo è tassativa. Se nella opinione dell'attore il valore supera la competenza del pretore, è indicato ch'egli, *previa la domanda di sospensione della vendita*, faccia pure istanza affinchè la causa sia rimessa al tribunale civile. Per la quale domanda la competenza dovrà presumersi appartenere al detto tribunale, giusta la regola dell'articolo 80, capoverso 1°. Tale istanza potrebbe mancare, nè sarebbe perciò impedito al pretore di rimettere la causa al tribunale civile, nell'apparente esorbitanza del valore degli oggetti che si vogliono rivendicare. Il non averlo fatto per difetto d'istanza, *non potrà conferire al suo decreto puro e semplice di sospensione il carattere della cosa giudicata*, per cui si faccia d'uopo appellarne. Si è chiarito abbastanza, che con tal decreto egli conosce una cosa, ma una cosa sola, se cioè la domanda di proprietà o comproprietà abbia un qualche ragionevole fondamento. Questo egli può ben farlo *come magistrato della esecuzione*, senza considerazione di valore, senza preoccupare la questione della competenza, che assumerà obblettivamente quando, sedendo giudice del merito, si farà a contemplare le proprie attribuzioni nel conflitto delle parti. Aggiungo: che, proferito il decreto di sospensione, la parte attrice potrà anche direttamente adire il tribunale civile, provando che la causa ad esso appartiene per ragion di valore.

5. Una sentenza della corte suprema di Firenze, da me redatta, decide alcuni punti relativi a questa dottrina; onde mi faccio debito di ricordarla (17 febbraio 1870, *Annali di giurisprudenza*, I. 73).

Ho già osservato che la legge non impone di citare che il creditore pignorante, benchè il debitore abbia un sì diretto interesse nella controversia. Ma poichè la legge non permette di discuterla se non dopo un intervallo di *sospensione*, e poichè questo *provvedimento è notificato anche al debitore*, notificazione che fa l'uffizio di citazione, il processo in tal modo è bene ordinato alla garanzia comune, e il debitore stesso si trova chiamato in tempo per addurre i motivi ch'egli possa avere contro la pretesa del terzo, se pure una tale pretesa non ricopra una collusione, come tante volte avviene.

La ditta *B.* aveva ottenuto un sequestro assicurativo sui mobili di un suo debitore. Esce un terzo che pretende esser i mobili sequestrati di sua proprietà, e ne domanda la restituzione. Dopo alcune vicende contrarie, essendo portata la causa in grado d'appello avanti il tribunale di Pisa, la ditta sequestrante oppose, fra le altre eccezioni, che il giudizio era nullo in origine per *non essere stato citato il debitore*; e in coerenza alla domanda, il tribunale di Pisa annullò il giudizio istruito avanti il pretore. La sentenza venne cassata.

Fu inviato un giusto rimprovero al pretore che aveva sbagliato nel primo passo, non ordinando, come doveva, la *sospensione* della vendita « per indi occuparsi del merito della opposizione e in tal modo abilitare e render « efficace la disposizione dell'art. 647. onde « reintegrare e completare il giudizio nel con- « traddittorio del debitore ». Ma la eccezione era forse proponibile dal creditore, nulla opponendo il debitore?

Ciò ritenne il tribunale di Pisa, che lesse nell'art. 647 una disposizione d'ordine pubblico in quella parte che ordina la notificazione equivalente alla citazione del debitore; e ne inferì potersene opporre il difetto da chiunque, in ogni tempo, e in qualunque stato della causa, e anche dichiararsi d'ufficio. È chiaro che, se nella specie proposta, la massima era giusta, dovrebb'esserlo in tutti

i casi nei quali uno dei contendenti non sia stato citato o sia stato male citato; e condurrebbe a questo, che non sarebbe più lecito al non citato di sanare colla sua comparsa il difetto della citazione o della notificazione contro il disposto dell'articolo 590, mentre la eccezione diventerebbe di diritto comune di tutti i contendenti non solo, ma il giudice potrebbe di proprio moto pronunziare la nullità nel silenzio e nell'accordo di tutte le parti. Infatti non havvi nell'articolo 647 alcune specialità che induca limitazione ad una regola che è fondamentale nell'organismo giudiziario.

Rammento un'altra decisione della nostra corte del 27 febbraio 1871, a relazione dell'illustre consigliere Adami (*Annali*, I. 99).

Venne primieramente confermato il principio rispetto alla omessa citazione del debitore. In ordine al creditore rivendicante, si disse anche una volta, la eccezione è *de jure tertii*.

Un principio non meno importante per le contestazioni che ha sollevate, ebbe pure una novella sanzione dalla corte suprema. Che il giudizio di *rivendicazione di mobili pignorati è un incidente dello stesso giudizio*; e non un giudizio principale e diverso. Da ciò l'influenza ch'essa esercita sul merito del sequestro; la necessità di sospenderlo per occuparsi dell'incidente; e in fine doversi l'uno e l'altro decidere con una sola sentenza. Ciò conviene alla economia dei giudizi, come si disse, e in materia di *sequestro conservativo* specialmente, quando si rigetti la domanda di rivendicazione, sia più che mai necessario di pronunziare contemporaneamente sul sequestro perchè ogni ritardo sarebbe funesto al creditore, e da riguardarsi come una vera negazione di giustizia. Qualora si tratti di pignoramento già eseguito, la preliminare decisione dell'incidente sarebbe meno perniciosa, e non credo sarebbe caso di nullità.

Articolo 648.

Compiuta la vendita, qualunque domanda in separazione si converte di diritto in opposizione sul prezzo, e cessa ogni ragione dell'opponente sui mobili venduti, salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio, dedotte le spese, e salvo il regresso contro il debitore per il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Il proprietario o comproprietario può domandare sul prezzo il valsente che corrisponde ai mobili venduti di sua ragione; o non potrà esercitare che un diritto di privilegio sul prezzo medesimo?*

Ognun vede che la cosa è molto diversa: nel primo caso l'azione di proprietà continua dopo la vendita, e va, per così esprimermi, a scaricarsi sul prezzo che può anche totalmente ricadere nelle mani di lui; nel secondo caso egli non può venir in linea che coi creditori, ha mutata la veste di proprietario in quella di creditore; e spiega, se pur gli compete, un privilegio, che nel concorso di altri privilegi può essere superato.

Il Boitard, ragionando sull'articolo 608 della procedura francese, in verità meno esplicito, espone questa teoria. Dopo aver posto come cosa certa che il proprietario dei mobili che non ha promossa la sua domanda anteriormente alla vendita, non può più rivendicarli, ma deve valersi sul prezzo, aggiunge: « Seulement, si le prix de mon meuble, indûment « saisi sur Paul et vendu à la suite de la saisie, « n'est pas encore été distribué au créancier, « je puis intervenir et m'opposer à cette distribution; *j'aurai le droit, en prouvant que le meuble m'appartenait, de m'en faire attribuer le* PRIX INTEGRAL » (all'articolo 608 del Codice di procedura francese, num. 845).

Se una tale dottrina prevalga nella giurisprudenza francese, che non occorre ricercare, noi abbiamo fatto un'applicazione molto più decisa del principio della libera trasmissibilità del mobile, non solo svincolandolo dall'azione rivendicatoria una volta pervenuto per pubblica aggiudicazione nelle mani di terzo, ma altresì negando al fu proprietario il diritto di rappresentazione sul prezzo. Se non fosse così, quel proprietario che lasciò consumare la vendita, ne avrebbe forse il vantaggio in un prezzo esaltato dalla gara dell'asta, senza verun suo pericolo e spesa. Chiunque potrebbe aspettar l'esito e farsi avanti, scompigliando a suo grado il processo distributivo con manifesta delusione della legge (1).

(1) I mobili erano stati contrattualmente venduti per lire 1000, che tanto valevano a stima ordinaria. Per effetto dell'incanto e della gara degli oblatori, il prezzo d'asta è asceso sino a lire 3000. Il vendi-

Ma una seria e curiosa difficoltà si presenta dedotta dal sistema del nuovo Codice civile contro una qualunque partecipazione al prezzo a titolo di privilegio a favore del venditore.

Il precedente Codice civile albertino nell'articolo 2157, n. 4, scriveva fra i privilegi su *determinati mobili* « il prezzo delle cose mo« bili vendute nel precedente anno, ove le me« desime si trovino nelle mani e in potere del « debitore ». *Questa disposizione non si legge del nuovo Codice* (§ 1 del titolo XXIII, lib. III). Sarebbe forse tornata in onore ed accettata dal legislatore italiano l'antica teoria del diritto romano, così bene esposta dal Fabro? « Venditor, quamdiu pretium solutum non est, « retinere rem venditam necdum traditam, « quasi jure pignoris, potest, etiamsi de pi« gnore nihil convenerit, *sed post traditionem « factam, tametsi pretium solutum non sit, nec « avocare possessionem potest, nec in eam « ipsam rem exercere quasi servianam, non « magis quam in cæteras res emptoris, cum « ex causa tacitum pignus nullum contrahatur.* « Consequens est, ut in ea quoque re quæ ven« dita est, *potior causa sit anteriorum credi« torum hypothecariorum quam venditoris qui « non nisi personalem ad pretium actionem « habet*; quoque imputare sibi debet, cur, eum « rem traderet, secutus fidem emptoris fuerit, « nec expressa conventione sibi melius cave« rit » (*Cod.*. lib. III, t. VII, def. 6).

La dottrina del Fabro nel suo punto di vista storico è irreprensibile. Che il venditore che *aveva avuto fede del prezzo*, non avesse diritto *in re*, e il prezzo *abierit in creditum*, appare decisiva, malgrado qualche contradditore, la Leg. 5, § 18, de tribut. actione; intorno alla quale può anche vedersi Pothier, *in Pand.*; Troplong, *Dei privilegi e delle ipoteche*, all'articolo 2102, § 4.

È noto che il Codice Napoleone, che trovò diverse costumanze introdotte in Francia, secondo si seguisse o no il diritto scritto, si attenne a quella giurisprudenza che gli parve più consentanea alla equità, onde nacque l'articolo 2102, n. 4, pressochè conforme a quello trascritto del Codice albertino (1). Una condizione però era posta in amendue quelle leggi, sì alla rivendicazione che all'esercizio del *privilegio sul prezzo*; ciò era che il mobile *si trovasse ancora in possesso del debitore.* L'interesse e la buona fede del commercio la vinceva sopra ogni altra considerazione, non dovendosi molestare i terzi compratori. Questo fatto legislativo non riguarda direttamente la nostra questione, perchè noi partiamo dal supposto che i mobili siano stati appresi in mano al debitore, ma ci chiama fortemente a riflettere come i legislatori parificassero tuttavia l'azione di rivendicazione e quella d'ipoteca sul prezzo *nel rispetto della causa giuridica*, avvegnachè contrassegnata da risultati molto diversi.

La sparizione totale del contenuto di quell'articolo del Codice albertino dal nuovo Codice italiano, che fornirà grave argomento ai commentatori di esso, c'impone di credere che un gran cangiamento sia sorvenuto nella nuova legislazione; un marcato ritorno al prisco diritto romano. Così stando le cose, ne consegue che la semplice vendicatoria sia lasciata al venditore del mobile, il quale non potrebbe, nemmanco per ragione di prezzo non pagato, pretendere privilegio su quello che dalle cose sue fu ritratto all'asta pubblica.

Ma due obbiezioni possono recarsi a mettere in dubbio siffatta volontà del nuovo legislatore: 1° quella stessa ragione di equità che persuase i redattori del Codice Napoleone a preferire le consuetudini moderne che si estesero a tutte le altre legislazioni, e sancita da tante decisione di tribunali; 2° il dettato di questo medesimo articolo 648 della procedura, il quale dichiara *cessare bensì ogni ragione dell'opponente sui mobili venduti*, ma propone la clausola già indicata, *salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio, dedotte le spese*, dizione che sembra avere carattere dispositivo e non di semplice riserva, specialmente per quelle parole, *dedotte le spese*, da cui sembra risultare essere il concetto del legislatore quello di caricare bensì il venditore delle spese del processo di vendita alle quali diede causa, non giovandosi del rimedio diretto della rivendicazione che poteva competergli; ma ad ogni modo con diritto di soddisfacimento sul prezzo per titolo di privilegio.

Alla prima obbiezione la risposta è facile.

---

tore, reclamando ancora il suo diritto di proprietà, sostiene che le lire 3000 rappresentano il valore della sua proprietà, e a lui si devolve intero. Se non trattasi che di privilegio, domanderà sul prezzo il pagamento di lire 1000.

(1) L'articolo del Codice Napoleone aggiungeva: *tanto che gli abbia comprati* (il debitore) *con dilazione al pagamento o senza*. Questa clausola, dice il Troplong, fu aggiunta ad imitazione della Consuetudine di Parigi, che intendeva con essa derogare alla massima del diritto romano, per la quale si riteneva essersi avuta fede del prezzo allora soltanto che si fosse accordata dilazione a pagarlo. Il nostro Codice civile provvede a questa contingenza in sede opportuna (articolo 1513).

Sia più e meno conforme all'equità l'abolizione del privilegio del venditore, noi dobbiamo vedere una cosa sola: se essa esista. E non si ha che a percorrere l'articolo 1958 del Codice civile italiano, mettendolo a confronto coll'articolo 2157 dell'abrogato Codice piemontese. La differenza sarà posta in maggior rilievo, chi osservi il *progetto del Codice*, nel quale all'articolo 1991, n. 7, il privilegio del venditore era stato conservato (1). Le ragioni della innovazione ci sono ed assai gravi. Noi le abbiamo accennate, rammentando i principii del romano diritto. Il solo rapporto di diritto che può restare fra il venditore e i mobili alienati è quello di rivendicarli a due condizioni: 1° *che la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento; 2° che i mobili venduti si trovino ancora in possesso del compratore* (art. 1513 del Codice civile). A questo effetto è scritto l'articolo 647 della procedura. Ma venduto il mobile, è logico e conseguente che non sia trasformato in altra specie quel diritto che la legge nega al venditore dopo la rivendita; che l'azione al prezzo non essendo che personale contro il compratore, non sia conversa in un privilegio sul prezzo, nell'azione reale per eccellenza. Imperocchè solo perchè i mobili furono venduti all'asta pubblica, ossia per mera accidentalità, il venditore che non aveva altra azione che reale, *ad rem vindicandam*, o personale ad esigere il prezzo, avrebbe acquistato un terzo diritto d'azione, quello del privilegio! In logica e in civiltà giuridica la soppressione di quel privilegio è dunque un progresso.

Resta la difficoltà vera, che è quella del presente articolo 648.

Mi si permetta di dubitare che il redattore dell'articolo non abbia in quel momento rammentato o posto mente alla innovazione che la contemporanea legislazione del Codice civ. (2) veniva recando al sistema dei privilegi. Io per altro non vedrei nella locuzione dell'art. 648 un carattere dispositivo. E tanto meno potrei così ritenere, quanto il regolare la materia dei privilegi spetta alla legislazione civile e non al Codice di procedura, benchè io non ignori alcuni esempi celebri di modificazioni portati dai codici di procedura sulle determinazioni del Codice civile (3). A ciò si aggiunge, che le due legislazioni sono contemporanee, come osservai, e sarebbe contro ogni ragione il presumere che qualche disposizione della procedura si volesse proprio, e con serio proposito, mettere in urto con altre del Codice civile. Ne seguita pertanto che la clausola dell'art. 648, *salvo al medesimo il diritto sul prezzo per privilegio*, deve intendersi come una semplice riserva, da avere effetto se e come fosse di diritto.

Articolo 649.

Qualunque opposizione, anche per nullità, contro gli atti anteriori alla vendita o all'aggiudicazione, non è più ammessibile dopo seguita la vendita o l'aggiudicazione.

Annotazioni.

Qui la parola *opposizione* è usata in senso tanto complesso che ha mestieri di schiarimenti.

Tre idee diverse vengono significate:

Opposizioni di creditori concorrenti sul prezzo che non offendono, anzi mantengono la procedura, e non fanno che rendere o più incerto o più difficile il soddisfacimento del totale dei crediti;

Opposizioni per rivendicazione che tendono a diminuire, o anche assorbire la sostanza pignorata;

Opposizioni che attaccano gli atti della procedura, e ne reclamano la nullità.

---

(1) Non ho mancato di diligenza per indagare se negli atti del Parlamento si fosse sollevata una particolare discussione su questo privilegio. Vidi nella relazione della Commissione della Camera dei Deputati, presentata nella seduta dell'8 febbraio 1865, percorso, benchè assai succintamente, il tema dei privilegi, mostrandosi che ebbero luogo delle restrizioni, alcune delle quali furono indicate; ma di questa non si fece motto. Più specialmente si trattò dei privilegi sugli immobili ridotti alla più grande semplicità, come ora risulta dagli articoli 1961, 1962 del Codice civile. Ivi pure, e quale è da considerarsi, il privilegio del venditore sul prezzo degli immobili disparve, almeno *come tale*; subì una conversione, e prese posto fra le ipoteche legali (articolo 1969, num. 1).

(2) Amendue i Codici furono pubblicati nello stesso giorno 25 giugno 1865.

(3) Fra gli altri quello degli articoli 834, 835 del Codice di procedura civile francese; ma ivi la modificazione fu pensata ed espressa: e di più necessaria.

L'idea espressa dall'srticolo presente nel primo senso sarebbe inesatta. Vi sono delle opposizioni di creditori (privilegiati) che si ammettono anche dopo la vendita (art. 653). Nondimeno valga a spiegazione ciò che si dice ulteriormente nel testo, *contro gli atti*, mentre la prima specie di opposizione non sarebbe *contro gli atti*, ma troverebbe in essi il suo fondamento.

CAPO VIII.

DELL'ASSEGNAZIONE E DELLA DISTRIBUZIONE DEL DANARO RICAVATO DALL'ESECUZIONE MOBILIARE.

Articolo 650.

Seguita la vendita, gli atti originali della medesima, la somma ricavata, e gli oggetti d'oro e d'argento depositati, sono trasmessi entro giorni tre dall'uffiziale procedente al cancelliere della pretura da cui la vendita fu ordinata.

Articolo 651.

Il prezzo ricavato dalla vendita è distribuito in ragione dei crediti rispettivi tra i creditori istanti e gli altri creditori che abbiano fatta opposizione prima della vendita, senza pregiudizio dei diritti di privilegio.

Annotazioni.

1. In questo testo è rappresentato il metodo della distribuzione.

Era naturale che nelle discussioni preparatorie del nuovo Codice si trovassero armati di fronte due sistemi. Il Codice piemontese del 1859 aveva sancita la *prelazione del creditore pignorante* sugli opponenti (art. 780), e in ciò si rimaneva segregato dagli altri codici che erano partiti da un diverso principio; e diciamolo pure, dal vero principio. Oppignorare non è altro che apprendere le cose del debitore per consegnarle alla giustizia. Tanto è lontano che l'oppignorante ne acquisti una ragione qualunque di dominio o di diritto, *in re*, che le cose oppignorate devono vendersi, e solo per eccezione può in determinati casi chiedere l'aggiudicazione. Quando si parla di prelazione, si parla di privilegio, che non è altro che un diritto di preferenza. Il privilegio è fondato in una relazione fra la causa del diritto e l'oggetto materiale del diritto, che non può ragionevolmente consistere in quegli atti estrinseci che non fanno che porgere al giudizio il subbietto su cui deve esercitarsi (1); non sono che mezzi per i quali il giudizio è possibile. Intorno a quel preteso privilegio dell'oppignorante, consacrato dal Codice anteriore, « si disputò vivamente, dice la relazione ministeriale, e fu deliberato di non mantenerlo ». La relazione ci fa edotti che la commissione del Codice civile prese in esame questo punto di diritto; e non fu capace che nella famiglia dei privilegi dovesse assegnarsi un luogo a questo, che non aveva altra ragione di essere che la diligenza nel promuovere il giudizio esecutivo. E fu gran senno. Pertanto il creditore oppignorante porta nel contributo il credito che ha, e che sarà giudicato secondo i

(1) Generalmente le cause dei privilegi possono ridursi a tre categorie; 1° per ragione della utilità che si è prodotta al comune dei creditori; 2° perchè il credito rappresenta una obbligazione del debitore, il cui adempimento è reclamato da un interesse generale e superiore (tributi, imposte, ecc.); 3° da un rapporto particolare del credito colla cosa in quanto essa forma la sua naturale e specifica guarentigia, perchè in essa si è dovuto aver fede: pegno tacito ed espresso, senza il quale la contrattazione, l'accordo, non avrebbe avuto luogo. Tal è la causa di tutti i privilegi speciali.

suoi meriti; egli ottenne il vantaggio a cui aspirava, quello di costringere il riluttante debitore al pagamento; non può averne un maggiore quando sarebbe a scapito della giustizia. Meglio per lui e per gli altri che sono nella sua condizione, se il prezzo basterà per tutti.

2. Sono soddisfatti insieme ai creditori istanti gli *opponenti prima della vendita*. Era generale statuto delle procedure, come diremo all'articolo 653, che nuovi creditori opponenti sarebbero ammessi dopo la vendita a processo distributivo ancora pendente: ma il nuovo Codice ha introdotta una sapiente novità, non facendo ragione agli ultimi venuti se non in quanto vantassero privilegio, eccetto non si avesse esuberanza del prezzo. Così premiando la diligenza (*jura vigilantibus*), semplificò il giudizio di distribuzione, e pose in miglior rapporto con esso le varie regole che abbiamo enumerate sui diritti che gli opponenti esercitano sulla vendita e sulle sue conseguenze.

3. *Senza pregiudizio dei diritti di privilegio*, a questo luogo intende che, dove in effetto non bastassero le somme a tutti soddisfare, che è il supposto dell'articolo presente, i creditori privilegiati saranno ascoltati nel loro diritto di preferenza; ed è allora che nasce la questione, quasi sempre intricatissima del *contributo*, che è soggetto degli articoli che seguono. Ancora un'altra ragione della riserva. La partecipazione del prezzo è riservata ai *creditori opponenti prima della vendita*, ma i creditori privilegiati non sono pertanto esclusi, onde questa disposizione si collega con quella dell'articolo 658.

Articolo 652.

Scaduto il termine stabilito nell'articolo 650, se i creditori istanti, il debitore e i creditori opponenti non siansi accordati sull'assegnazione o distribuzione del danaro pignorato o ricavato dalla vendita, il pretore sull'istanza di una delle parti, sentiti gl'interessati, propone uno stato di assegnazione o di ripartizione, facendone risultare con processo verbale.

Se lo stato sia accettato da tutti gli interessati, è tosto eseguito. La contumacia del debitore vale accettazione per lui.

In mancanza di accettazione, il pretore provvede come di ragione, se sia competente per valore; quando non sia competente, rimette le parti a udienza fissa davanti il tribunale civile.

Annotazioni.

1. Il Codice francese impone e prescrive l'accomodo con quella singolare e censurata formola, « *le saisi et le créancier seront tenus*, « dans le mois de convenir de la distribution « par contribution » (art. 636). Inesattezza di linguaggio: ma secondo quel Codice, l'obbligo di radunarsi per tentare la conciliazione, l'obbligo c'è, e pare non possa procedersi senza documentare questo fatto alla distribuzione. Quanto a noi, è una pura facoltà delle parti come doveva essere, alle quali si concede tre giorni, e bastano, in luogo del prolisso termine di un mese.

2. L'accordo deve seguire nel concerto del *debitore* e dei *creditori opponenti*, ed è giusto perchè anche il debitore vi ha tutto l'interesse. In contrario l'intervento dell'autorità diventa necessario. Il ceto creditorio potrà domandare semplicemente l'omologazione del concordato (Chauveau in Carré, q. 2156 bis). Nel consenso di tutte le parti la questione è finita; la convenzione si porta allo scritto; e il *cancelliere della pretura* (articolo 650) rilascia e consegna i danari e gli effetti a norma della convenzione, e secondo ch'egli fa risultare da un processo verbale, e senza forma di giudizio.

La stessa facoltà appartiene ai creditori di un fallito col costui concorso; e possono anche darne incarico ai sindaci o commissari (Chauveau, quest. 2156 ter.).

3. *Requisiti dei crediti che vengono in concorso.*

Ancorchè il prezzo sia sufficiente a tutti i creditori, difficoltà gravi possono sorgere da parte del debitore. Il debitore a cui vantaggio ritorna la somma non assegnata ai creditori, può opporre la mancanza del credito, il difetto di azione; ed è in simili casi che devono esaminarsi i requisiti del credito che si porta al concorso.

Il giudizio di contributo, oggetto di successive modificazioni, ora appare di quella semplicità che fu lodata nel Codice di Ginevra.

Non cessa nondimeno di essere un giudizio complesso. Ogni credito viene in esame in relazione ai propri titoli; e duplice può sorgere la difficoltà, in ordine alla prova, in ordine alla qualità dell'azione.

In ordine alla prova. Il credito deve recare con sè la sua dimostrazione, abbastanza facile per non suscitare questioni indaginose di fatto. Chi per provare il suo credito avesse d'uopo di testimoni, perizie, giuramenti, non potrebbe scegliere questo campo per elevare la sua questione imbrogliata. Oltrechè la celerità che è nell'indole di siffatto giudizio nol consente, nol consente la giustizia. Il supposto debitore ha diritto di esser chiamato avanti ai suoi propri giudici; non dev'essere, suo malgrado, trascinato avanti il magistrato dell'esecuzione nè costretto a combattere in compendio pretese che potrà respingere avanti la giurisdizione ordinaria, coi termini e colla facoltà dei due gradi che gli competono. Non altrimenti si dirà in ordine al merito della questione. Si potrebbe forse domandare al giudice del contributo la soluzione di un quesito ereditario, l'annullamento di una convenzione, o qualche cosa di simile, onde dedurne per ultimo corollario la sussistenza del credito?

Quando adunque nelle disposizioni che veniamo percorrendo si parla di crediti e di creditori, ci è forza intendere *crediti giudicati*, *crediti di facile dimostrazione*, credi i incontroversi, o debolmente o con poca apparenza di ragione oppugnati. Si può esser abbastanza fondato per fare un'opposizione valida, quantunque non si potesse *eodem titulo* procedere alla esecuzione, perchè è più facile *prohibere quam facere*, far nascere un ostacolo che operare, com'è più facile criticare che comporre. Invero le facoltà del giudice non sono determinate, e veggo non infrequenti codesti giudizi di concorso gravidi di questioni; e qui farò di passaggio un'avvertenza. Se una questione di diritto, entro certi limiti, è compatibile (e ora vedremo che la è), non si potrà molto accondiscendere alla prova, nè permettere che un opponente venga da lontano a dar contezza del suo diritto con mezzi lenti, difficili, con iscritture impugnate e verificabili, con prove *in fieri* insomma, anzichè per documenti certi e inoppugnabili. Il giudice riserverà le ragioni e passerà oltre.

La questione giuridica *propria di ogni giudizio di concorso è quella che riguarda l'ordine*, ossia la graduale collocazione dei creditori. Anche i privilegiati hanno da presentarsi colle loro prove. Ad alcuni di codesti crediti occorre un mezzo di prova prestatuito dalla legge: tale il pegno (art. 1880 dei Codice civile). Nondimeno è da considerare che, pure sotto il rapporto della suscettibilità di esser giudicato in questa sede, la qualità del credito esercita una forza che per un momento può chiamarsi superiore, perchè la questione del privilegio è portata sul proprio campo, *non può avere altra arena ove discuterla;* o qui e in nessun altro luogo. Fuori di questa sede il *privilegio*, che è puramente una qualità del credito, svanisce; il credito diventa semplice, e se non perde ogni valore come di solito avviene, certo non può rimandarsi ad altro giudizio, se non a condizione incomparabilmente deteriore.

Perciò in disputa di privilegio, il magistrato del concorso non si perita dall'ordinare per incidente formazioni di prove. Un esempio. Si tratta di pegno. La legge esige a quest'effetto un atto pubblico o una *scrittura privata* (articolo 1881 del Codice civile). La scrittura privata può essere impugnata; si ordinerà la verificazione giudiziale. Perchè non dovrebbe ordinarsi se occorre a perfezionare la prova? Un altro esempio. Per l'articolo 1958, n. 5, del Codice civile sono privilegiate « le somme « dovute per le sementi ed i lavori di coltiva- « zione e raccolta dell'annata, sui frutti della « raccolta ». Se ne fece una prova generica; bisogna liquidarle. Si dovranno forse ammettere perizie, prove per testimoni? Ebbene, conviene ammetterle. Il giudizio di concorso si complicherà, le contestazioni si faranno lunghe e gravi, che importa? Tutto questo comprende il giudizio di concorso; dal che si vede, che per quanto il legislatore abbia avuto in animo di semplificarlo, non può farsi violenza alla necessità delle cose. E certo non isfugge che simili controversie rimangono tuttavia circoscritte in dati limiti; sono controversie d'ordine, ristrette all'oggetto materiale rappresentato dal prezzo, controversie infino di privilegio; laddove se si avessero a introdurre e condensare, per dir così, in siffatto giudizio tutte le questioni possibili che dai pretesi creditori per titoli di azione personale volessero eccitarsi, si eccederebbe la sua naturai comprensione, di maniera che tutte le giurisdizioni verrebbero in esso a confondersi.

Concludiamo. Nel giudizio di contributo non si ammettono che quei crediti che risultino da sentenze o documenti, ed atti di facile dimostrazione, *salvochè non si tratti di questioni relative alla qualità privilegiata del credito*, le quali si svolgono necessariamente con tutti i loro mezzi in questa sede di giudizio.

4. *Dei creditori ipotecari concorrenti coi chirografari sul prezzo dei mobili venduti.*

Le azioni non sono ipotecarie che dopo essere state personali: e la ipoteca può restare una cautela inutile, sterile di effetto. Un creditore che ha il suo titolo giudicato, sospeso fra i modi di esecuzione da intraprendersi, può ben tentare, se gli giova, la esecuzione mobiliare; può fare un sequestro; può in conseguenza concorrere sul prezzo.

Nel *Commentario del Codice sardo* (vol. V, num. 684) è riferita la seguente dottrina del Dalloz, che qui ripeto come importante. Insegna adunque il Dalloz che il creditore ipotecario, quantunque utilmente collocato in uno stato di graduazione, può concorrere sul prezzo dei mobili. E ciò perchè una tale collocazione non vale più che *una indicazione di pagamento*. Pone però una limitazione, ed è che, se la scadenza fosse affatto prossima, e *il ritardo provenisse da colpa dello stesso creditore ipotecario*, dovrebbe, per una certa equità che milita a favore dei chirografari, respingersi onde non privarli del pagamento che non potrebbero conseguire con altro mezzo (Dalloz, *Distribut. par contribut.*, num. 17). Io credo però che questo non potrebbe aver luogo dopo l'omologazione dello stato di graduazione (articolo 716).

5. *Procedimento.*

Il Codice ha stimato bene di non tracciare la procedura da seguirsi, persuaso di aver fatto abbastanza per queste ed altre contingenze, colle regole generali. Vediamo pertanto di farne l'applicazione.

Se il pretore *è competente per valore, provvede come di ragione*, cioè propone *uno stato di assegnazione* o *ripartizione* (articolo 654), *sentiti gli interessati*. Ciò importa che vi sarà una *domanda stragiudiziale* avanti il pretore, seguirà un congresso al quale saranno invitati i creditori (1) e il debitore oppignorato. Intanto il giudice ha preparato un progetto di assegnamento che propone e discute colle parti interessate nel congresso; è un tentativo, ma più autorevole, di conciliazione; e se il debitore non interviene, tal sia di lui. Fin qui il *pretore* è semplicemente il magistrato della esecuzione; se il suo progetto non è accettato, va a porsi la toga del giudice.

Ma allora esamina e fa ragione della propria competenza.

Se la somma da distribuirsi è compresa nella sua giurisdizione, ogni questione è sua. Se eccede, egli distingue fra la controversia generale che si estende a tutto il progetto, sicchè nessuna parte di essa rimane ferma e assicurata, e in tal caso ne rimette la cognizione al tribunale civile. Se la contestazione è parziale, seguiremo la norma dell'articolo 75, num. 3.

Chi rammenta la disposizione dei codici francese, napoletano, romano, ecc., e quello di Piemonte del 1854, sarà contento di vedere esulato dal giudizio di distribuzione del prezzo quel soverchio di forme che l'ingombrava. Non abbiamo più assegnamenti di termini a produrre documenti. Ognuno deve e può farlo, consultato il proprio interesse, purchè badi di non dar luogo a risoluzioni che possano tornargli dannose. Il giudizio di contributo, sgomentando alquanto per la sua natura complessa, era stato abbandonato al giudice di maggior giurisdizione, al tribunale. Quindi la necessità di delegare un giudice, dedicato a questa operazione. Ora si è fatto di meglio col dare anche alla giurisdizione minore la parte sua. Ma o il giudizio si tratti avanti il pretore, o avanti il tribunale, dovrà sempre esordire da un citazione con procedimento sommario a udienza fissa, secondo il vario carattere del magistrato (art. 155, 389, 390) (2). Il tribunale delegherà uno dei propri giudici, giusta l'attribuzione generale che gli compete. Il giudice delegato, sentite le parti, formerà lo *stato di assegnazione* o *ripartizione* (articolo 653). Le questioni che ne insorgano, saranno, come di regola, portate al collegio; e si rientrerà così nell'ordine comune ai giudizi.

Modo di procedere speciale non è prescritto al giudice delegato qui dove non ne esiste alcuno. Potrà risolver tosto o differire, ove occorrano, per esempio, documenti; guida e regola la prudenza sua. Non gli è vietato di assegnare qualche termine perchè sia preso in comunicazione lo stato da lui formato; comunicazione che sarà data in cancelleria. Le parti potranno fare le loro osservazioni; in un nuovo congresso da destinarsi, potranno concentrarsi. Nessuna decadenza. Le ragioni non dette avanti il giudice delegato, potranno esporsi al tribunale.

6. *Se il giudice delegato sia privato della sua giurisdizione a fronte di qualunque opposizione.*

Le contestazioni possono esser di due ma-

(1) Anteriori e posteriori alla vendita (V. art. 655).

(2) Giova ricordare che la *citazione a udienza fissa* (articolo 155) è diversa dalla *citazione a termine abbreviato* (articolo 151).

niere. O sono pretensioni di diritto intorno alle quali le parti non si accordano; o cadono sul sistema adottato dal giudice, per errori a lui imputabili. Il giudice delegato risolve le difficoltà, per dir così, materiali della esecuzione, le questioni di fatto sui modi della collocazione; è in facoltà di sospendere l opera sua a fronte di controversie di diritto di qualche rilievo, rimettendone la cognizione al collegio; ed è affare di tatto e di prudenza, salvo in ogni caso il ricorso al tribunale.

7. *Dei diversi sistemi di assegnazione.*

Ce ne ha di più sorta: è bene farne ricordo: 1° quello che viene compilando il pretore in difetto di composizione delle parti, ed è proposto da lui piuttosto quale mediatore autorevole fra esse, che come giudice; 2° quello che il pretore redige come giudice, e potrà essere lo stesso ch'egli propose all'amichevole assegnazione delle parti, ma questa volta può essere imposto dalla sua autorità; 3° se il pretore non è competente, lo stato di assegnazione è invece proposto dal giudice delegato del tribunale; accettato, ha tutto l'effetto di una transazione giudiziale; 4° quello stato finalmente che il tribunale stabilisce in forma di sentenza, fatto giudizio delle difficoltà e delle contestazioni.

Articolo 653.

Finchè non sia accettato lo stato di assegnazione o ripartizione proposto dal pretore, o, in mancanza di accettazione, finchè l'autorità giudiziaria competente non abbia pronunziato sulle controversie, qualunque nuovo creditore o pretendente può intervenire in causa e proporre le sue ragioni.

Questi interventi non sono più ammessi in appello.

I creditori intervenuti non possono partecipare alla ripartizione in pregiudizio dei creditori indicati nell'articolo 651, salvo i diritti di privilegio.

Annotazioni.

1. Dei creditori che non fecero opposizione, possono comparire dopo la vendita.

Nelle nostre osservazioni si è avuto occasione di notare più d'una volta la condizione d'inferiorità in cui si vanno a trovare gli opponenti dopo la vendita.

Noi abbiamo una scala di opposizioni che vogliamo rammentarsi ancora: 1° associati al pignoramento; 2° opponenti prima della vendita; 3° opponenti dopo la vendita. Ad essa corrisponde un ordine graduale di diritti. Quando la somma abbonda, si gode, come sempre, nell'abbondanza; i creditori ultimi venuti saranno tuttavia venuti in tempo. Quando la somma è scarsa alle pretese di tutti, allora *contentio est*, allora il conflitto. Prima cosa, gli *opponenti dopo la vendita* devono lasciarsi passare avanti gli anteriori: giusto premio della diligenza. Entrano però francamente nell'arena se hanno titolo di privilegio. Si è superiormente fatto avvertire che il creditore privilegiato esercita un diritto essenzialmente concentrico *super re*, o sul prezzo che la rappresenta. È quello il suo campo d'azione, l'unico suo campo di azione. Non è possibile escluderlo in qualunque tempo comparisca. La legge si porge sollecita a quest'atto di giustizia, risultandone una legittima sottrazione dal dividendo a pregiudizio dei creditori semplicemente personali, il cui diritto è nello stesso tempo più esteso e più debole.

2. Nondimeno un termine ci dev'essere a qualunque istanza. O contratto giudiziale, coll'accettazione del progetto, o sentenza. Qui non si parla che del *progetto del pretore:* ma io stimo che debba avvenire lo stesso se si accetti una composizione qualunque proposta dal giudice delegato, in causa di tribunale. Sarebbe una *vera domanda nuova* in appello, e fu esclusa. Questa bella disposizione è una lode del Codice attuale. Il francese lascia la materia assai confusa; e il precedente Codice sardo ammetteva i nuovi creditori senza distinzione fra semplici e privilegiati (articolo 784).

3. Le istanze dei nuovi creditori saranno proposte alla forma degli incidenti.

Articolo 654.

Quando sia concordato o accettato lo stato di assegnazione o di ripartizione, ovvero sia passata in giudicato la sentenza che pronunziò sulle controversie, il

pretore che autorizzò la vendita rilascia a ciascun creditore il mandato di pagamento, che è senz'altro esecutivo.

Dalla data di ciascun mandato cessano di decorrere gl'interessi sul capitale relativo.

Annotazioni.

1. La causa ritorna sempre al pretore come giudice d'esecuzione, per darvi effetto, da qualunque autorità sia emanata la sentenza definitiva; dal tribunale civile o da una corte di appello (V. le Annotazioni dell'articolo 656, num. 2).

2. Il debitore rimane gravato degl'interessi del debito sino al giorno del pagamento. Nel sistema francese si è meno severi. Dal giorno in cui è stato chiuso il processo verbale di distribuzione, se non vi è reclamo; dal giorno della notificazione della sentenza, se vi fu contestazione; quindici giorni dalla notifica del secondo giudicato, se vi fu appello, cessano gl'interessi (articolo 672). Si voleva con ciò render meno dannoso al debitore il ritardo che ponesse il creditore nel riscuotere il proprio credito (osservazione di Favard de Langlade nella sua relazione al corpo legislativo). Un'epoca sola è statuita per noi alla cessazione degli interessi: quella del pagamento effettivo.

CAPO IX.

DELL'APPELLO DALLE SENTENZE PRONUNZIATE NEI GIUDIZI DI ESECUZIONE MOBILIARE.

Articolo 655.

Non sono soggette ad appello:

1° Le sentenze che stabiliscono soltanto il giorno in cui deve farsi la vendita;

2° Le sentenze con le quali si sia provveduto sopra domande in surrogazione a norma dell'articolo 575;

3° Le sentenze che rigettano eccezioni di nullità, salvo che la nullità riguardi il titolo in forza di cui si procede;

4° Le sentenze che rigettano opposizioni non proposte nel termine utile;

Annotazioni.

Non si parla che di *appello*. Giova ricordare che l'*opposizione per contumacia* è bandita dai giudizi esecutivi (art. 574). L'appello ammesso senza distinzione da altri codici, o almeno dedotto coi ragionamenti della giurisprudenza, è mantenuto, ma si è voluto con savio proposito premettere delle limitazioni.

Al numero 1°.

Il provvedimento che ordina la vendita (articolo 622) prefigge eziandio il *giorno della vendita.* Eppure in qualche evenienza la sentenza non farà che *stabilire il giorno.* Ciò sarebbe se l'incanto non avesse luogo nel termine fissato. O si facesse luogo a ripetere l'incanto.

Al numero 2°.

Alquanto grave potrebbe sembrare la contestazione che è per nascere fra il creditore procedente ed altro creditore che gli vuol esser surrogato (art. 575); ma si è dovuto osservare che tale contestazione è senza interesse per l'oggetto della esecuzione.

Al numero 3°.

a) Eccezioni di nullità.

Dal campo ristretto di sentenze indicate nel loro specifico oggetto, passiamo ad una determinazione collettiva, che merita di essere alquanto analizzata.

Vediamo che possa comprendersi sotto codesta dizione generica, *eccezione di nullità*.

Tutto quello che si fa in giudizio (poichè ci restringiamo a questo tema) e che non ha ragione di sussistere, o almeno di sussistere in quel dato modo, può esser colpito dalla *eccezione di nullità*. Ho detto *quello che si fa in giudizio*, mentre nel linguaggio della procedura non vi si comprendono quelle eccezioni che attaccano le convenzioni o i documenti sui quali una delle parti erige il suo diritto, e che la contraria impugna e combatte come nulli. Codeste sono eccezioni di merito riguardanti la sostanza del diritto, comunque possano versare intorno alla forma. L'eccezione di nullità o percuote i singoli atti del giudizio, ovvero oppugna tutto il giudizio di cui nega la legittima esistenza. Tal è l'eccezione d'incompetenza e declinatoria del fòro. È ben chiaro che l'articolo 655 non comprende siffatte nullità. Singolarmente considerati gli atti, possono impugnarsi: 1° rispetto alla *podestà* di colui dal quale provengono; 2° rispetto al loro *modo di esistenza* contrario alla legge; 3° rispetto al *tempo* in cui sono stati prodotti; ma non può cader dubbio che i vizi di tale maniera sono giudicati da sentenze che la legge dichiara inappellabili.

Credo di poter affermare che le controversie di forma appartengono tutte quante al magistrato della esecuzione, al pretore cui è affidata questa grave missione. Altre questioni ancora sono demandate al pretore, quale giudice del diritto sostanziale, anzichè del formale, nel qual caso sente i limiti della propria competenza, e la cognizione gli sfugge quando la competenza eccede. Ciò abbiamo veduto esaminando gli articoli 570, 616, 647, 652. Il perchè *uno dei caratteri dai quali si possono conoscere le sentenze inappellabili* significate in questo numero, egli è *di essere state proferite dal pretore quale magistrato e preside dell'esecuzione*.

Portare un momento lo sguardo sopra alcune controversie che, sviluppandosi dall'esecuzione, possono continuarsi in appello, sarà vedere l'altro lato dell'argomento.

Ma prima osserviamo con quale principio si regga il presente sistema; ciò può guidare in pratica a delle soluzioni importanti, sendochè quando sorgono dubbi (e in pratica ne sorgono sempre), sogliono decidersi secondochè il caso possa rassegnarsi alla regola, o debba piuttosto considerarsi come una limitazione.

Nei giudizi ordinari, nei giudizi di diritto, *l'appello è la regola*. Custode della libertà giudiziaria, guarentigia di mature deliberazioni, è l'appello: la inappellabilità, nel sistema generale, è una limitazione. Ma nell'ordine esecutivo si tramuterà questo concetto dell'appello? Il giusto rispetto della celerità che è una delle necessità di simili giudizi, produce questa logica conseguenza? Io persisto nel ritenere che l'appello è tuttavia la regola, e le sentenze inappellabili sono limitazioni, quantunque per la natura del giudizio molto comprensive; e ne deduco che chi contrasta l'appello, deve provare senza dubbiezza di trovarsi nel caso della eccezione.

Ora lasciando di ciò, potremo andar rintracciando qualche caso di questioni sorgenti dalla esecuzione, e *che anche possono manifestarsi sotto specie di questioni di nullità*, pertinenti però alla regola generale delle sentenze appellabili.

Se furono poste sotto esecuzione cose che ne sono immuni, almeno relativamente (articolo 585); se furono pignorati i frutti pendenti prima del termine prefisso (articolo 589): se furono messe sotto sequestro pensioni alimentarie (art. 592), la esecuzione è nulla, o se non altro può credersi nulla e suscitare una querela di nullità. Saranno tali controversie comprese sotto questa rubrica, *eccezioni di nullità?* Certamente no. Non si tratta dell'organismo, della tessitura del processo, ma dell'oggetto di diritto, onde è, come ogni altra, una questione di fondo.

Nondimeno trovano il loro giusto termine anche siffatte controversie; ma è questione di *proponibilità*, ben diversa da quella di *appellabilità* delle sentenze che le decidono.

L'articolo 649 pone il suggello alla validità di tutta la procedura col fatto della *vendita* o *aggiudicazione*. Quantunque le controversie or ora enunciate non siano a rigor di termini *opposizioni contro gli atti anteriori alla vendita*, ecc., è però nello spirito e nella ragion della legge, che non abbiano più a promuoversi quando i mobili sono venduti all'asta. Ciò *quoad tempus*. Quanto all'appellabilità, resta sempre la differenza; perchè dato che le controversie siano sollevate, in tempo, le sentenze sono appellabili o non appellabili, secondo che alla regola o all'eccezione debbano rassegnarsi.

b) Eccezioni di incompetenza.

L'eccezione d'incompetenza non è sempre

una *eccezione di nullità*, ma può esserlo (1); anzi lo è d'ordinario, poichè coll'eccepire la incompetenza si domanda in modo implicito, e più spesso esplicito, le nullità di atti contrari, o anche di un intero processo. Non parlerò qui che nella ipotesi più difficile, da cui più grave si solleva il dubbio della *incompetenza cioè di materia o valore*. Le occasioni non mancheranno; già quella competenza che mi permetterei di chiamare per un momento *inorganica* del pretore, che comparisce sempre nel regolamento del processo, indi il dividersi della competenza per valore fra esso e il tribunale civile, secondo le varie contingenze che abbiamo esaminate, sono esca a non poche questioni. Che sarà allora *in tema d'appellabilità delle sentenze* che saranno pronunciate?

Io non esito a decidere che tali controversie (2) appartengono alla regola che acconsente l'appellazione nonostante l'equivoco che può apparire nella formola — *eccezione di nullità*. La sua applicazione sembra proprio diretta alla *nullità dei singoli atti*, e non avere rapporto con quelle eccezioni che attaccano in radice il potere del giudice, e si estendono a tutta la procedura e alla sua ragione d'esistenza.

Ma poichè sono in questo argomento mi sia concesso di fare un'altra ricerca che riguarda semplicemente la *proponibilità* di simile eccezione. *Le nullità che derivano da incompetenza per ragione di valore sono esse proponibili dopo la vendita?*

La risposta è breve e negativa. Osservo che nello stesso articolo 187, ove questa eccezione è messa in rilievo, si dichiara *potersi proporre in qualunque stato e grado della causa*; ma non *dopo la causa*, se non per via di appellazione da sentenza non passata in giudicato. E sarebbe un *extra chorum*, e *dopo la causa*, insorgere con simili quistioni finito il processo esecutivo. L'articolo 649 pare non escludere dalla sua lettera, quantunque poco perspicua, anche questa controversia della competenza; che poi è respinta irremissibilmente dallo spirito della legge onde non rinnovare i torbidi, e rimettere ogni cosa in litigio. Tutte le questioni posteriori vanno a concentrarsi sulla vendita o esecuzione.

c) *Eccezioni di nullità contro il titolo per cui si procede.*

Qui la riserva è espressa, ed ha una ragione che di leggieri s'intende. Ma *il titolo per cui si procede*, secondo il senso di questa legge, è *il titolo che propriamente si chiama esecutivo* (articolo 554); il titolo nel suo essere giuridico e nella sua sostanza, ovvero nelle sue qualità e condizioni? Il primo concetto non può esser quello della legge; essa non aveva bisogno di crearne una limitazione nel sistema degli appelli dalle sentenze che si pronunciano nel corso del processo esecutivo. Se la *sentenza* che si porta ad esecuzione non passò in giudicato, se è suscettibile d'appello, se è ingiusta o nulla, se non legalmente eseguibile, come sarebbe la sentenza di tribunale straniero che non venne munita di *forza esecutiva* (art. 941), tutto questo è fuori dell'orbita di un processo d'esecuzione; è nel dominio delle regole comuni alle *impugnazioni* delle sentenze. Il nostro articolo pertanto non può parlare che *o della forma esteriore o delle condizioni e qualità*; vale a dire se consti del rilascio del titolo in forma esecutiva, se sia eseguibile in ragione di tempo, se il credito risulti certo e liquido; cose che non riguardano la potenza intrinseca del titolo, bensì la sua attività ed efficacia. Si potrebbe sottilizzare sulla parola *nullità* perchè talvolta non si procede per via di nullità ma anco per contrariare e impedire la esecuzione: che dire allora? Diremo che le sentenze che risolvono quistioni che interessano la causa stessa della esecuzione, il suo fondamento giuridico, non sono fra le eccettuate, e quindi sono appellabili.

d) *Se le quistioni intorno al precetto esecutivo* (atto di comando) *si noverino fra quelle che riguardano il titolo per cui si procede.*

Il precetto può avere i vizi del titolo, dai quali non può andare assolto quando siano sostanziali; può ricoprirli talvolta se accidentali ed estrinseci (3). In quel caso è manifesto che attaccare il precetto è pari all'impugnare e attaccare il titolo. Ma il precetto può peccare di vizi suoi propri, per quelle imperfezioni, ad esempio, che risultano dalla inosservanza dell'articolo 563; o la sua efficacia è attutita dal tempo, e vuol essere rinnovato (articolo 566), ed altro ancora. Io ritengo che siffatte controversie, che portano alla nullità del precetto, si rannodino al titolo, concorrendo insieme a completare la base giuridica della ese-

(1) I due paragrafi della sezione II del capo I, titolo IV, libro I, separano infatti questi due concetti. Qualche volta l'eccezione d'incompetenza non provoca che una remissione ad altro tribunale.

(2) D'incompetenza *per materia e valore*, intendiamoci, non d'altro carattere.

(3) Esempio. Il titolo condanna, ma sotto condizione. Col precetto si esibisce la prova della condizione avverata.

cuzione. Con questo riflesso l'appellabilità delle relative sentenze è assicurata.

e) Delle sentenze che si promuovono dopo la vendita.

Può esser domandata la nullità della vendita, della delibera, dell'aggiudicazione. Non vi è ragione alcuna per sottrarre le conseguenti decisioni dalla disposizione limitativa di questo articolo.

Le sentenze di *distribuzione del prezzo* non dovrebbero presentar dubbio sulla loro appellabilità; certo è del pari che l'appellazione è disciplinata dalle regole dell'articolo 656.

Al numero 4°.

Vi è un termine utile per fare le opposizioni?

Ma noi siamo ricondotti anche una volta a disputare incresciosamente della parola *opposizione*. Spesso si è dovuto avvertire, che nel giro del processo esecutivo questa voce sarebbe riservata ad esprimere le pretese sollevate dai creditori e rassegnate al capo VII ad esse speciale. Poi la troviamo usata in un senso più generale, a comprendere, anche più direttamente, i fatti del debitore, le sue impugnative, i suoi contrasti più o meno studiosi per ritardare la rovina di cui è minacciato. Non vi è ragione per supporre che il vocabolo sia ora adoperato nel suo significato peculiare; e in fatti a questa interpretazione osterebbero due altri riflessi. Le *opposizioni dei creditori* non sono propriamente giudizi, non hanno d'uopo di essere sancite da sentenze, se non si tratti di rivendicazione. Oltre di che, non essendo prescritto termine alle opposizioni dei creditori, purchè siano anteriori alla vendita, la disposizione tornerebbe pressochè inutile (1).

Diremo adunque: *tutte le domande* che tendono a ritardare il progresso della esecuzione; poichè qui si scorge chiaramente l'impazienza del far presto e di finirla. Ma dove sono scritti codesti *termini utili*, dietro i quali sta irreparabile la decadenza? Io non li vedo. L'aggiunta del nuovo Codice non è delle felici; tanto più che potrebbesi, con questa mal digesta clausola, ferire qualche diritto ben importante, alcuno di quei diritti che la legge provvidamente ha posti sotto la salvaguardia dell'appello. Appunto perchè non avendo il Codice designati quei *termini*, al difetto di statuto positivo subentrerà l'apprezzamento morale si dirà, per esempio, che la opposizione al precetto *è tardiva* ad un certo stadio della procedura; e basterà, se miglior senno non guida i giudici, il dire che *l'opposizione è stata fatta fuori del termine utile*, per rendere inappellabile la sentenza.

Ma inappellabili non sono che *le sentenze di rigetto*. La costante presunzione di validità degli atti si congiunge al bisogno imperioso della celerità.

Articolo 656.

L'appello da ogni altra sentenza deve essere proposto nei quindici giorni dalla notificazione, con citazione del debitore, e delle parti che hanno interesse contrario alla riforma della sentenza, a comparire a udienza fissa entro un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

Se si tratti di sentenza pronunziata da un tribunale civile, l'appello è notificato ai procuratori del debitore e delle altre parti interessate; se il debitore non abbia costituito procuratore, l'atto di appello è affisso alla porta esterna della sede del tribunale.

L'autorità giudiziaria di appello, pronunziando sulle controversie, rinvia per l'esecuzione all'autorità competente.

Annotazioni.

1. Devono citarsi *quelli che hanno un interesse contrario alla riforma della sentenza.* Poichè questa disposizione nella sua generalità comprende anche le sentenze di distribuzione, ove spesso gli interessi sono distinti, e sorgono questioni, quasi duelli nel campo, di

(1) Altro e decisivo argomento di questa latitudine attribuita alla parola *opposizione*, si ha nel capoverso dell'articolo 581.

cui gli altri concorrenti non sono che spettatori, così l'obbligo della citazione è stato limitato. La mancanza di citazione di un interessato non annullerebbe per se stessa l'appello (1), ma ne risulterebbe, come altre volte si ebbe occasione di avvertire, che la sentenza passa in giudicato rispetto alla parte non citata.

2. *Giudizio di concorso.*

In un giudizio di concorso già definito, i creditori collocati anteriormente al rango di coloro che vengono in contrasto, sono senza interesse in appello. Possono avere interesse i *posteriori* concorrenti che non ottennero collocazione, o solo in parte. Se Tizio, collocato in quarto luogo, riesce non solo a vincer Caio che fu collocato nel terzo, ma eziandio a spingerlo fuori del campo per difetto di credito, gli ultimi creditori ne profittano *eziandio non appellanti.* Il perchè, quantunque non abbiano parte diretta nella contesa, e quindi possano omettersi nella citazione, hanno sufficiente interesse per domandare l'intervento in causa. Prescindendo da ciò, risulta chiaro da queste ordine d'idee, che una sentenza di distribuzione di prezzo, quantunque materia eminentemente divisibile, consta di rapporti che, separati, si rannodano e si riuniscono per la forza delle cose; onde l'appellazione di un terzo giova pure a coloro che non hanno appellato, verificandosi quel fenomeno che è segnalato nell'articolo 471, num. 1.

Il creditore non appellato non può risentir danno; può invece avere un vantaggio dall'esito dell'appello. Ma l'appellante vincitore, per non aver chiamato in appello anche gli altri, dovrà egli medesimo patir danno della sua trascuranza?

La somma da dividersi fra tre creditori, *A.*, *B.*, *C.*, era di lire 180, e fu divisa coll'assegnamento di lire 60 a ciascuno: *A.* interpone appello citando *B.* ed omettendo *C.* Vince, dichiarato creditore privilegiato per tutto il suo credito, che è di lire 120. Se avesse citati in appello gli altri creditori, avrebbe conseguito in preferenza le sue lire 120; gli altri due avrebbero dovuto contentarsi di lire 30 per caduno. Che ne avvenne? Che *B.* è rimasto pregiudicato attesochè *C.* riscuote tutta la parte sua di lire 60. Sendochè di questo danno fu causa l'appellante. *A.* dovrà compensare *B.* delle lire 30 che gli ha fatto perdere (*Commentario del Codice sardo*, vol. V, p. 1, n. 745). È vera questa conclusione?

A rigore, l'*interesse* che rende obbligatoria la chiamata in appello è il diritto che si ha di oppugnare direttamente la pretesa contraria: interessato, strettamente parlando, è il contraddittore legittimo; parti interessate, e perciò necessarie, sono quelle senza le quali non può aver luogo contestazione di lite. Altri interessi nondimeno si collegano a quelli che vengono in conflitto; ma non essendo che conseguenze, o non sono considerate dalla legge come obbligazioni dell'appellante: ovvero si ritiene sufficiente che codesti interessati di seconda mano trovino nella legge rimedi opportuni per garantire anche se medesimi dal danno.

Colla scorta di questi principii torno all'esempio; e la mia soluzione è alquanto diversa da quella dell'illustre giureconsulto che dettò quella parte del *Commentario.*

Ed a chiarezza conviene, nel caso proposto, osservare due ipotesi. In quella superiormente posta di tre creditori semplici, ad ognuno dei quali è assegnata la somma di lire 60, il creditore appellante, che allega un privilegio in forza del quale dovrà esser collocato in primo grado per lire 120, il creditore appellante, io diceva, deve citare amendue i creditori assegnatari, i quali hanno pari interesse *contrario alla riforma della sentenza.* Egli è vero, come si disse, che il non citato è sempre al sicuro sotto la difesa della cosa giudicata; ma prego gli uomini del fòro a riflettere che questa verità. che chiameremo *di conseguenza*, non è mica foodamento assoluto all'apatica teoria che l'appellante può infine citare chi vuole; che male per lui se non ha citato qualcuno degli interessati, imperocchè dovrà riconoscere il diritto loro come già definito; che il citato non potrebbe eccepire la non citazione degli altri, poichè la eccezione sarebbe *de jure tertii.* Io sento quanto importi accertare queste proposizioni con giusta misura. Concedo che non ci troviamo in termini di naturale o legale individuità, *ma di semplice comunione d'interessi.* Il citato può benissimo rispondere, che il sacrificio cui è costretto di fare *non è che di trenta*, mentre il concreditore che non fu citato avrebbe dovuto seco lui dividere la perdita; laonde se non piacque all'attore di citare anche quello, nessun pregiudicio può aver recato ad esso appellato, ed esso non rilascia che *trenta* soltanto sul grado assegnato. Ciò direbbe con ragione; e potrebbe anche opporre che l'appellante non si è conformato alla

(1) Salva indivisibilità, o almeno unità morale della causa (Vedi appresso).

legge; che non ha citato tutti gli interessati; che il concorso degli altri interessati costituisce forza e garanzia allo stesso appellato; che l'appello dev'essere respinto. La corte suprema di Torino ha ritenuto che in tema di gradoatoria una comunione d'interessi, una indivisibilità morale, una unità almeno di reciproci rapporti, deve riconoscersi onde citare tutti gli intervenuti (1° luglio 1866, ricorso Arese, relazione Cassiano); massima che certamente si modifica dalle circostanze dei fatti, come tosto vedremo, ma che, generalmente parlando, può aversi per un canone di ragione giudiziaria.

Facciamo l'altra ipotesi. Sono tre creditori privilegiati che si contrastano la somma di L. 180. *A.* ha avuto il primo grado per 60; *B.* il secondo grado per 60; *C.* il terzo pure per 60; ma *B.* appella per sostenere che a lui compete il primo e non il secondo grado, e per la somma di lire 120, e non di 60. Cita *A.* che occupa il posto al quale aspira, e non si cura di *C.* che vien dopo. Vince, ed *A.* viene relegato al secondo posto. Ma questo è occupato da *C.*, che nessuno ha citato, ed egli si riposa tranquillamonte sulla regiudicata. Quali azioni od eccezioni competerebhero ad *A.* per farsi compensare del danno che gli avrebbe recato il non avere l'avversario citato in appello anche questo creditore?

Nessuna, a parer mio. *B.* non aveva altro contraddittore legittimo e immediato che lui. La legge dava al citato *A.* opportuno il rimedio. Egli doveva chiamare in causa *C.* onde venisse a difendere il comune diritto, o venisse condannato a lasciargli il posto, una volta che *B.* riuscisse vincitore. Ma qualo differenza passa adunque fra caso e caso? Questa: che non essendo nel primo separazione di gradi, e non potendosi dire che l'uno dei creditori semplici sia collocato dopo l'altro, ma tutti avendo una collocazione uguale, il loro interesse è uguale, e l'azione del preteso privilegiato è comune. Non così nell'altro caso. Vi è distinzione di posti, o il primo è occupato da *A.*, che per *B.* è il solo ostacolo. Tale la differenza fra un concorso di creditori semplici e privilegiati.

3. *Se la istanza d'appello non fu notificata a tutti quelli ch'ebbero parte nella distribuzione, la sentenza diventerà eseguibile a favore dei non citati?*

In mancanza di accettazione di tutte le parti, l'articolo 634 richiede al pagamento la condizione che *la sentenza sia passata in giudicato*. E conviene intendere ad ogni effetto, e per tutti i creditori. Il pagamento è contemporaneo per tutti, *a ciascun creditore*. Sebbene sia questa una eccezione nel sistema, essa è giustificata dalla qualità dei rapporti che hanno dovuto formarsi tra i diversi concorrenti, dalla unità del soggetto di esecuzione, che è un sol prezzo (1); dall'ordine e sicurezza annessa a siffatto metodo.

4. *Termine per comparire.*

Esso è tassativo, invariabile (da cinque giorni a quindici. La modicità di questo termine sta in relazione colla notificazione della sentenza. Il creditore eseguente deve aver eletto il domicilio nel luogo, colla notifica del precetto (articolo 562). I creditori opponenti hanno dovoto anch'essi eleggere il loro domicilio (articoli 646, 647). Il domicilio o residenza del debitore è quasi sempre prossimo al luogo della esecuzione, se non è quello stesso. Se si tratta di appello da sentenza di tribunale, l'articolo nel capoverso 1° provvede anche in forma più spedita.

5. *Rinvio per l'esecuzione.*

Credo che più semplicemente avrebbe potuto dirsi *al pretore che autorizzò la vendita* (articolo 654).

6. *Breve aggiunta.*

Benchè il termine dell'appello sia più volte venuto in contesa nei giudizi esecutivi, io credo che la controversia non possa cadere sulla presente disposizione, abbastanza chiara, ma piuttosto dal distinguere che molti fanno il giudizio esecutivo da quelli che per occasione vi si uniscono, i quali anzichè incidenti di esso si vogliono considerare principali, e regolati dalla legge comune. Non posso ripetere le cose già dette fino al punto in cui siamo nella esposizione di questo secondo libro, ma io porto fiducia che si troveranno in più luoghi, specialmente agli articoli 562, 570, 577, 579 schiarimenti opportuni. Mi riservo poi qualche nuova osservazione agli articoli 702 e 703.

Ora insisto soltanto sulla regola *della precedenza del giudizio esecutivo*, al quale giudizio esecutivo è statuita una procedura in ogni parte sua propria, sostanziale rapporto ad esso, eccezionale in ordine alle questioni nelle quali della esistenza e competenza dei diritti si discute. Sono per quelle le ampiezze del rito, le discussioni diffuse, le larghe comodità dei termini; chi è creditore, chi è debitore; chi prevale e chi soccombe in una controversia? È

(1) Non così se i prezzi fossero separati e rispondenti a diversi *lotti* o gruppi di vendite.

quello che deve vedersi. Ma superati i disagi e le lotte; vinto il partito; quando si è già in possesso di un titolo esecutivo, la legge sente che la prontezza, la celerità delle operazioni esecutive è una parte di giustizia. Delle formalità ce ne sono già troppe, e se tanti giudizi nunvi si dovessero fare, colle lungherie consuete, quanti sono quelli che s'innestano a diritto o a torto in un giudizio esecutivo, la sua natura sarebbe trasfnrmata, nè si giungerebbe mai a capo di nulla. Bisogna persuadersene; quindi le restrizioni di c rti termini che non rappresentando che more e sospensioni si troverebbero eccessivi, traspor ati dalla loro sede ed applicati ai giudizi esecutivi.

Ben si ebbe ragione di discutere sulla relazione che certe contestazioni possooo avere verso il giudizio esecutivo quando si dubita se questo sia ancora cominciato. Quindi la disputa frequente se il precetto esecutivo, che deve precedere ogni esecuzione, sia o no distinto da quello, e ne faccia parte. È una materia che ho già esaminata con una prolissità che quasi mi rimorde. Mi guardo bene dal tornarvi sopra: dico solo che la questione era opportuna.

Ma quando il procedimento esecutivo è cominciato e fa il suo cammino, e dopo le tante previdenze, onde ogni diritto che trova in mezzo a quello un campo disputabile abbia una sufficiente garanzia, tutti quelli vi s'intromettono con questioni tendenti a sviare il corso della esecuzione devono sapere che non hanno più quelle facoltà che la legge del rito concede nei giudizi ordinari.

Articolo 657.

Quando la sentenza sia pronunziata sopra domanda in separazione dei mobili pignorati, o sulle controversie indicate nell'articolo 646, l'appello è regolato dagli articoli 485 e successivi; ma prima dell'udienza stabilita per la vendita, l'appellante deve far notificare al creditore istante o al suo procuratore, secondo la distinzione stabilita nell'articolo 656, la dichiarazione di avere appellato o di volere appellare dalla sentenza.

Articolo 658.

La dichiarazione, di cui nell'articolo precedente, sospende la vendita degli oggetti ai quali si riferisce.

Annotazioni.

Le controversie indicate nell'articolo 657 sono giudicate di una importauza superiore, e sono regolate dal sistema comune delle appellazioni. La *dichiarazione* ivi imposta al rivendicante che ha perduto nel primo cimento, ha certo l'oggetto d'impedire la vendita se si può; dico *se si può*, perchè il redattore di questo testo, che non è il migliore del Codice, si è trovato sul bivio e di restringere, fors'anche eccessivamente, i termini dell'appellazione contro la regola comune che si voleva adottare, o di permetter la vendita: vendita che va a scompigliare tutti gli interessi, mentre il rivendicante non potrà più ricuperare i suoi mobili, e l'appello non avrebbe più scopo. Ma non so davvero cosa valga *il dichiarare che* SI VUOLE *interporre l'appello*, ove poi non s'interponesse in effetto. O il termine dato all'appellazione, quantunque in vero assai lungo ed esorbitante dalla consueta speditezza di questo procedimento, o il termine, dissi, è sospensivo, o non lo è. Se è sospensivo, non occorreva *dichiarazione di voler appellare;* se non lo è, e soltanto l'appellazione in atto può sospendere, la dichiarazione di voler appellare non è l'appellazione effettiva. Alcuno potrà ritenere (cosa che non darei per sicura) che il dichiarante assuma un certo obbligo *morale* di appellare, sotto emenda di danni. Sarebbe cavar una lite da un'altra senza ragione. Ma noi per la forza dell'articolo 658 siamo costretti a dire che il termine dato dalla legge in questo specialissimo caso non è sospensivo, giacchè è *per la detta dichiarazione* che si sospende la vendita. Non si saprebbe poi perchè *si dovesse far la dichiarazione di aver appellato*, quando l'appellazione fosse seguita, e le parti fossero state citate in giudizio d'appello.

Intanto si fa la dichiarazione di *voler appellare;* il creditore è obbligato a rispettarla; e scorrono sino ai sessanta giorni (articolo 485, n° 2). Colui che probabilmente d'accordo col debitore fece una lite di rivendicazione senza

coscienza, non appella; ma si è guadagnato due mesi. O non si rispetta la dichiarazione, si procede alla vendita, ecco una pretesa di danni che non ha più fine. Sorgerà il dubbio gravissimo se per dar corpo a tale pretesa sia poi necessario l'appellare; e più facilmente si direbbe che l'azione reale si è trasformata in personale per i danni contro il creditore esposto alle più dure conseguenze.

Rassegno questi due articoli alle considerazioni del futuro legislatore.

TITOLO III.

DELL'ESECUZIONE SOPRA I BENI IMMOBILI.

CAPO I.

DEL GIUDIZIO DI SPROPRIAZIONE.

OSSERVAZIONI GENERALI

Richiamo l'attenzione sul trascritto rapporto del ministro guardasigilli, nel quale si espongono le somme difficoltà che si presentavano alla nuova sistemazione di questa rilevantissima parte della procedura. Quella della preordinazione del prezzo dell'immobile fu la principale. Ninna legislazione era riuscita in un primo sforzo a comporre un sistema soddisfacente. La legislazione francese del 1806 aveva dovuto riformarsi nel 1841; la napoletana del 1819 nel 1828, e le riforme non bastarono; quella di Sardegna, che, carica d'esperienza e di prove, venia promulgata nel 1859, incontrò vivissima opposizione, dice il Ministro, nelle nuove provincie. Dove si era preferito l'*apprezzamento del creditore*, dove il sistema delle perizie, e gli inconvenienti si erano manifestati ugualmente; ora è sembrato migliore un *sistema misto*. Si adottò il diritto della offerta iniziale, competentemente regolata; la perizia a supplemento; e si ammisero le successive rinnovazioni degli incanti, ad evitare l'incongruo e dannoso assegnamento obbligatorio al creditore. Il legislatore avrebbe, fra mezzo a tutto questo, lasciata la più larga parte al diritto d'offerta non solo a favore del creditore istante, ma eziandio dei singoli creditori iscritti, con norme misurate, per ovviare al maggior danno, che è quello delle vendite giudiziali o tese od avventate, coi pericoli che vi si annettono e colle spese gravissime che ne sono la conseguenza. A tali vedute furono coordinate, dice la Relazione, le disposizioni secondarie e di modalità.

SEZIONE I.

Della spropriazione contro il debitore.

§ 1.

Disposizioni preliminari.

Articolo 659.

Nel precetto per l'esecuzione sopra i beni immobili deve farsi al debitore l'intimazione di pagare nei trenta giorni successivi l'importare del debito, e l'avvertimento che, non pagando nel detto termine, si procederà alla subastazione dei

beni immobili che saranno nel precetto indicati a norma dell'articolo 2084 del Codice civile.

Il precetto è trascritto a termini dell'articolo 2085 dello stesso Codice.

Annotazioni.

Precedenti storici. — Secondo l'antico diritto, generando la sentenza di condanna l'*actio judicati*, dovevano primieramente oppignorarsi le cose mobili e gli animali; indi gli immobili, per ultimo *jura*; e se non si offerisse compratore, si passava all'aggiudicazione (*addictio*) a favore del creditore per la quantità del credito, e se il credito fosse maggiore ed egli si rimanesse contento ai beni aggiudicati, si reputava avere transatto, e nulla di più poteva chiedere (Leg. 15, Dig. de re jud.). V'era un giudice chiamato *executor*, che aveva la missione di mandar ad effetto la sentenza, sentite le parti, rispettando però l'autorità del giudicato; ma qualche volta era investito dai magistrati del popolo a giudicare le controversie che sorgevano sulla esecuzione della sentenza (*viator vice arbitri*, Leg. 82, Dig. de judiciis). La vendita serrava la via a quelle azioni che avrebbero potuto mettere in pericolo l acquisto: ed era quello stesso principio di pubblica guarentigia da noi professato in fatto di cose mobili, le azioni vendicatorie dovere esercitarsi innanzi la vendita. Il pagamento in danaro e subito; ma un certo arbitrio si vede ai giudici concesso (Leg. 15, Dig. de re judic., § 10): indispensabile, ove le forme del procedere erano sì scarse che quasi non se ne aveva traccia.

La preferenza data all'esecuzione mobiliare sulla immobiliare non teneva punto, io penso, a quei motivi che col volger dei tempi fecero le legislazioni avverse e quasi ripugnanti alla spropriazione dei beni fondi. I pochi scrittori che hanno creduto di poter ragionar su questa materia, hanno giustamente avvertita la occulta influenza degli ordini feudali e dei falsi concetti economici che la sola ricchezza patrimoniale ponevano nella terra, e dei valori mobillari e circolanti non avevano ancora l'idea che fu il portato del commercio e della civiltà crescente.

Le antiche consuetudini, e le italiane non meno delle francesi, contrariavano apertamente a codesto spropriamento della terra; e dov'era pressochè interdetto, vedevasi compensato dalle famose immissioni *in possesso solciano* per un certo numero d'anni, o per lo più sino alla estinzione del credito; e dove la vendita forzata era permessa, il soverchio delle formalità o delle spese rovinava ad una volta e debitore e creditori. Immaturi i tempi per comprendere il beneficio della pronta e libera circolazione dei beni, il possesso del creditore era un'enormità per le conseguenze, restando i beni soggetti ad un'amministrazione rovinosa, ed inalienabili; era una ingiustizia per il creditore che non arrivava mai a conseguire il pagamento. Nella nuova êra di civiltà che splendeva fra gli orrori della rivoluzione francese, un sentimento di giustizia, la opportuna valutazione dei principii del credito, imposero una generale riforma dell'espropriazione forzata; è celebre la legge dell'11 brumaio, anno VII, che in odio alla gravezza antica studiò la maggiore rapidità, la maggiore semplicità delle forme. La legislazione del Codice di procedura non fu sempre progressiva benchè posteriore; e l'ordinamento sulla spropriazione forzata tornò a caricarsi di formalità rimproverate alle pratiche anteriori. La legge 2 giugno 1841 le moderò; furono tolte via certe trascrizioni nei registri di cancelleria, certe inserzioni e notificazioni superflue, il deliberamento preparatorio, ecc.

Il Codice di procedura civile francese dominò nel regno delle Due Sicilie sino al 1819; indi colla Legge 29 dicembre 1828 fu fatta qualche notevole riforma che non ebbe i risultati che si speravano. E migliori apparvero i successivi di Roma, Parma, Toscana e Modena. Il Codice di Ginevra, che è sempre stato in maggior pregio, soppresse alcune delle più onerose formalità del Codice francese: il pignoramento con tutto il suo apparecchio, l'aggiudicazione preparatoria, i quaderni portanti le condizioni della vendita e il congresso dei creditori per discuterle.

Un buon sistema di espropriazione forzata si collega logicamente coll'ipotecario: in Piemonte si tentò questa relazione col noto Regio Editto del 16 luglio 1822: e venne anche ristretto l'obbligo dell'anteriore esecuzione sui mobili, facendone una eccezione a favore dei minori ed altri privilegiati; l'immissione in possesso del pegno fu abolita: ma l'aggiudicazione provvisoria al creditore, oggetto di tanti contrasti, fu conservata. Il Codice di procedura del 1854 si modellò in massima parte sul Regio Editto, anche quanto alle forme.

Il Codice del 1859 non apportò modificazioni d'importanza: il sistema in generale e il

giro delle forme può dirsi lo stesso. Fra le altre cose meritevoli di critica, resta il doppio metodo dell'*aggiudicazione* e della *subastazione* in facoltà del creditore procedente, il quale oell'*atto di comando* doveva dichiarare la scelta che poteva anche mutare passando da un metodo all'altro finchè non fosse seguita l'aggiudicazione o la subasta, col carico però delle spese. Nel sistema dell'aggiudicazione precedeva ad ogni modo una perizia, indi seguiva l'aggiudicazione a favore del creditore *ad un quarto meno della stima*; ed era messo tosto in possesso. Ed ove l'immobile non fosse suscettivo di divisione, essendo il suo valore superiore a quello del credito, il fondo veniva per intero aggiudicato senza il benefizio del quarto.

2. *Oggetto della esecuzione immobiliare.*

Una corrispondenza deve esistere fra quei pronunciati del Codice civile che teoricamente distinguono i *beni immobili* dai *mobili* (Titolo I del Libro II), e le applicazioni che si manifestano nel punto di vista della esecuzione forzata. L'argomento è stato sufficientemente trattato, quando si parlò della esecuzione sui mobili (articolo 577), ove la tesi ha avuto nel duplice rapporto una certa dimostrazione. Il dubbio non può nascere che relativamente agli immobili *fittizi* o creati dalla ragion civile, tali non essendo per natura, come i *mobili per destinazione immobili* (articolo 413 del Codice civile): immobili non a perpetuità, ma a certe condizioni, quali sono i mulini ed altri edifizi di simil genere che possono svellersi dal suolo e diventar mobili: gli alberi e le piante (articoli 409, 410, 411 del detto Codice). I *mobili per destinazione* si reputano immobili, anche per l'effetto dell'espropriazione: si reputano cioè accessorii di quelli e formanti un tutto finchè vi restano idealmente uniti. Ma in più luoghi del commento è stato altresì dimostrato che i prodotti dell'immobile, quontunque considerati della stessa natura fintantochè non siano divelti, prendono però carattere di mobili, quanto al sistema della esecuzione, ogni volta che siano colpiti quai mobili, ossia all'*oggetto di venderli separati dal suolo* al quale possono ancora attenersi per un tempo più o meno lungo, per circostanze d'immaturità o altro, ma infine sooo *obbiettivamente*, o si considerano, staccati dal suolo.

Del resto i prodotti del suolo non sono accessorii dell'immobile se non quando la esecuzione percuota il suolo medesimo; il che diciamo eziandio di quelle vaste produzioni che rappresentando piuttosto un capitale permanente, e sorgente esso medesimo di frutti, come le selve di alto fusto, furono anche per se stesse ritenute suscettibili di enfiteusi (1). Ma la differenza sta in ciò, che la costituzione dell'enfiteusi suppone *la permanenza e stabilità del bosco come produttivo di frutti, inerente per natura alla superficie su cui si eleva;* mentre la esecuzione tende alla vendita delle stesse piante come proprio oggetto, e le considera come non più attaccate al suolo, eccettochè il suolo medesimo non sia posto sotto esecuzione.

a) Della esecuzione sull'usufrutto.

Il celebre autore del progetto del Codice ginevrino osservò in questo proposito che: « l'usufrutto non si compone essenzialmente « che di rendite dei frutti dell'immobile, ed il « modo di sequestro introdotto nel titolo pre- « cedente (del sequestro) offre ai creditori un « mezzo bastevole e sicuro di attribuirsene il « prodotto sino alla cessazione dell'usufrutto ». L'usufrutto è considerato dalla legge *diritto immobiliare* (articolo 415 del Codice civile); e quindi capace d'ipoteca (Leg. 11, § 2, Dig. de pign. et hyp.) (articolo 1967, num. 2, del Codice civile). Percepire dei frutti, ed avere un diritto di percezione sui frutti, sono concetti diversi. Onde il Troplong: « La saisie des « fruits ne peut donner lieu qu'à une distribu- « tion de choses mobilières (articoli 579 e 635 « del Codice di procedura). Ce qui dans l'es- « pèce (trattavasi di un caso speciale, ma il « principio è generale) est grevé d'hypothèque, « *c'est le droit et non les fruits;* le droit qui « est un démembrement de la propriété; et qui « a par lui-même une valeur comme une pro- « priété, et qui, comm'elle, donne un droit aux « fruits annuels (*Privilèges et hyp.*, n. 400). O si tratti d'ipoteca, o di esecuzione forzata bisogna ad ogni modo poter affermare nel debitore il *diritto di obbligare* le cose come proprie; e quindi non si può sinteticamente disgiungere la percezione dei frutti dalla *idea di percepirli con diritto.* Anche l'affittuario percepisce i frutti, e li percepisce con diritto, e non per un solo, ma sovente per una serie d'anni; e può ben dirsi esattamente che quello dell'affittuario è un *diritto* di percepire i frutti, considerota la somma delle percezioni. Nondimeno non è tale che sia capace d'ipoteca, nè viene espropriato colla forma degli immobili. La vera differenza già balenata all'alta mente

(1) Borsari, *Del contratto enfiteutico*, capo I.

di Troplong consiste *nella suscettibilità che ha l'usufrutto di combinarsi col concetto della proprietà*, secondo le viste e gli scopi della ragion civile (1), considerando che nel diritto di usufrutto si riuniscono condizioni sufficienti per rappresentare in esso le prerogative della proprietà, vuol per il titolo, o per il sentimento del possesso, o per la solidità che l'usufrutto presenta alla guarentigia dei diritti reali che vi sono sovrapposti. È in forza di siffatte condizioni che l'usufrutto è appropriato colle forme della esecuzione immobiliare, perchè involve la stessa proprietà in certa limitata misura, e sviluppa da sè i diritti reali e cui serve di base e guarentigie, come le ipoteche che con esso vengono a realizzarsi (2).

L'*usufrutto degli ascendenti* è dichiarato incapace d'ipoteca (articolo 1967, num. 2, del Codice civile), perchè *ipotecare* è *alienare*, e il carattere della intrasmissibilità ha suggellato l'eminente personalità di questo diritto, che per conseguenza nel consenso universale è ritenuto insequestrabile, anche nell'interesse dei figli.

I *diritti d'uso e d'abitazione* sono *personali*, incessibili, e quindi impignorabili in una forma qualunque.

b) Dell'azione di rivendicazione di un immobile.

La legge (art. 415 del Codice civile) pone fra gli *immobili per l'oggetto a cui si riferiscono* « le azioni che tendono a ricuperare « immobili o diritti ad essi relativi ».

Si è potuto mostrare nel corso delle nostre osservazioni, che la distinzione dei beni proclamata dalla legge generale a molti e diversi effetti (3), non è sempre nominale per quanto riguarda il metodo dell'esecuzione; essendovi in realtà dei diritti considerati immobiliari, che o non sono suscettibili di veruna maniera di espropriazione, ovvero sottostanno alle forme dell'esecuzione mobiliare. Ma la questione non sta qui; non si deve tanto indagare se l'*azione* sia espropriabile col rito dell'esecuzione mobiliare o immobiliare, quanto se sia pignorabile.

Io non svolgerò questo tema: non farò che additare la conclusione che credo più opportuna, che è precisamente questa, che si tratta di *materia insuscettibile d'espropriazione*. Così decidono Jamble, *Répertoire*, v° *Expropriation*, t. v, pag. 42, num. 3; Berriat. pag. 570, num. 21; Persil, quest., t. II, pag. 379; Chauveau, all'articolo 643 del Codice francese, quest. 2198; *Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. I, pag. 380.

Ripetendo qualche ragione del Persil, e qualche altra aggiungendo, dirò in breve, non esser materia di esecuzione forzata che le azioni e i diritti di pronta e facile realizzazione. Che l'immobile, a cui l'azione aspira come a proprio oggetto, non è ancora nel patrimonio del debitore per quanto vi possa essere l'azione. Che fra la pretesa e il compimento effettivo del diritto essendovi di mezzo una lite più o meno lunga e difficile, non si tratterebbe infine che di oppignorare e subastare un diritto litigioso. Che ciò è possibile, ma il prendere questo partito sarebbe rovinoso, mentre non si riuscirebbe che ad alienare per un guscio di noce ragioni fors'anco di molta importanza; sarebbe immorale: esca a speculatori ed accattabrighe; ripugna allo spirito saggio e prudente di questa legge di cui non si saprebbe invocare un articolo a sostegno di tale sistema. Che fare pertanto? Gli scrittori di questa opinione osservano non rimanere ai creditori altro rimedio che quello di farsi surrogare nei diritti del debitore ed esercitarli in nome suo (4).

c) Delle servitù prediali.

« La servitù prediale (insegna l'articolo 531

(1) Prego di tener conto di questa proposizione, per la quale si dimostra essere il *diritto reale* dell'usufrutto un concetto moderno: una creazione, si direbbe, della legge civile: per gli antichi era classificato fra le *servitù personali*.

(2) In che mai consiste il vantaggio della proprietà stabile se non nel percepirne i frutti? I nostri pratici distinguevano l'*usufrutto causale* dal *formale*: ma infine è sempre usufrutto che può essere a perpetuità o a tempo.

(3) La varietà di simili effetti è delineata nella relazione dell'illustre Pisanelli, uno dei giureconsulti più benemeriti della nuova legislazione, in quelle parole: « È necessario conoscere quali siano « i beni che la legge ritiene come immobili o mo- « bili, sia per riguardo ai diversi diritti di cui sono « capaci, o ai diversi modi di acquistarli, sia per « determinare nei vari casi il significato delle espres- « sioni usate nelle disposizioni della legge e dal- « l'uomo » (Relazione ministeriale sul Libro II).

(4) Non vado più oltre in un tema che desidera un trattato. Il determinare come, in quai casi e in quai modi i creditori, e quali creditori, possano sottentrare per forza di diritto nelle azioni del debitore per esercitarle in nome suo, non è materia da esaurirsi in poche pagine. L'articolo 1234 del Codice civile è suscettivo di questioni che io mi propongo di esaminare studiando quell'articolo nel commentario sul Codice civile.

« del Codice civile) consiste nel peso imposto « sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un al- « tro fondo ». Benchè classificate fra le cose immobili (articolo 413 del Codice civile), le *servitù prediali* non sono espropriabili nè alla forma degl'immobili, nè in verun altro modo; non essendo che *qualità* e modi di essere del fondo dominante col quale solo possono essere spropriate (Troplong, *De l'expropriation forcée*, num. 4).

3. *Della espropriazione del fondo specialmente ipotecato.*

La stipulazione di un'ipoteca speciale impegna rispettivamente il debitore e il creditore. Quest'ultimo si lega in qualche modo (1) all'escussione preventiva del fondo ipotecato, tanto in confronto di altri immobili non vincolati alla sua ipoteca, che a quelli ch'egli tenesse vincolati con ipoteca generale (Leg. 2, Cod. de pign. et hyp.; Pothier, *ad Pandect.*, lib. XX, tit. V, § 5, num. 17). Questo principio già accolto nella legislazione civile francese, ha ricevuto la sua solenne sanzione anche nel Codice civile italiano. « Il creditore senza il « consenso del debitore non può far subastare « gli immobili che non sono ipotecati a suo fa- « vore, *se non quando i beni ipotecati pel suo « credito siano insufficienti* » (articolo 2080). Non può negarsi che qualcosa di oppositivo non si presenti in questo articolo col 567 della procedura, il quale però si spiega nel senso che *la simultaneità dei mezzi esecutivi non autorizza l'eccesso delle forzose apprensioni;* e nel caso attuale la legge considera appunto come eccessiva la esecuzione sopra immobili non ipotecati, esistendo una convenzione in forza della quale il creditore ha ricevuto un pegno che si presume sempre sufficiente a guarentire il credito. La legge mostra il suo giusto interesse a favore della proprietà stabile: interesse regolato dal principio di giustizia e dal rispetto delle convenzioni.

Se l'ipoteca si estende a più fondi, io convengo coll'illustre Scialoia (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 403) che non sarà lecito venir cercando il limite della sufficienza, e tutti si potranno apprendere e mandare ad esecuzione; o perchè nella legge non esiste la limitazione, o perchè siamo in termini di disposizione eccezionale, moderatrice di quel diritto che a favore dei creditori è scritto nell'articolo 1949 del Codice civile, e non può estendersi oltre quello che la legge letteralmente prescrive. Nondimeno se per la quantità e valore dei fondi, comechè tutti ipotecati per lo stesso credito, la esecuzione si manifesti eccessiva, il provvido rimedio dell'art 567 avrebbe luogo, senza pregiudizio delle ulteriori esecuzioni.

Poichè la nuova legge ci ha recato l'immenso benefizio della *specialità di tutte le ipoteche*, è fatto inutile per noi il ricercare (questione che affaticò la giurisprudenza francese) se i fondi specialmente ipotecati debbano escutersi prima di quelli che non sono colpiti *che da ipoteca generale*, secondo la prisca tradizione del diritto romano, che fu concetto tanto elevato e tanto fecondo nei secoli posteriori.

La legge non prescrive il metodo che dovrà usarsi per provare la *insufficienza*. Intanto è stabilito nelle dottrine e nella giurisprudenza, che non è punto necessario di premettere l'esperimento della vendita dei beni ipotecati, ma la insufficienza potrà provarsi con altri mezzi eziandio presuntivi (Tarrible, tom. II, n. 165; Troplong, *De l'expropriation*, n. 24).

Il creditore può colpire i terzi possessori del fondo specialmente ipotecato senza che gli possa essere opposta la eccezione di escussione sopra altri fondi, comunque rimasti in mano al debitore, ma non soggetti ad ipoteca speciale. Ciò è elementare nel nostro sistema. Ma dal riconoscersi nel creditore tale diritto, ne consegue forse ch'*egli abbia pur anco la obbligazione di perseguitare il fondo ipotecato in mano al terzo*, prima di apprendere gli altri immobili non ipotecati specialmente che si trovano in mano del debitore? Si sente la impressione di questo dubbio, ma l'articolo 2076 del Codice civile è abbastanza generale onde risolverlo colla precisa e letterale applicazione del seguente articolo 2080. Niun ostacolo riceve il diritto del creditore nel suo esercizio dal passaggio dell'immobile ipotecato in mano del terzo, poichè, egli *può farlo subastare* ugualmente.

4. *Del titolo esecutivo* (2).

La legge civile ha un interesse a regolare la espropriazione degl'immobili; ha la sua

(1) Uso questa frase, poichè niuno impedisce al creditore di valersi de' suoi diritti sui mobili, anche contemporaneamente alla esecuzione sugli stabili secondo la estesa concessione dell'articolo 567.

(2) *Autenticità* ed *esecutorietà*, dice Grenier, sono cose distinte. « Le premier se rattache à la essence « du titre: elle prend son principe dans la loi même. « Le seconde concerne principalement les formes ». E per avere la forma esecutoria nel titolo « il faut « qu'il soit revêtu de l'intitulé des lois et terminé « par un mandement aux officiers de justice de « mettre le présent acte à exécution, lorsqu'ils en « seront légalement requis » (*De l'expropriation*, num. 41).

obbiettiva nell'ordine sociale a cui estende in certo modo la sua tutela, evitando scosse troppo violente alla fortuna delle famiglie. Perciò non teme di confondere la sua ingerenza con quella del Codice di procedura, e prevenirne talvolta le disposizioni. Quindi all'articolo 2081 del Codice civile si trovano rispondenti gli articoli 563 e 568 della procedura, che indichiamo senza ripetere le cose dette intorno a quest'ultimo articolo.

5. *Del precetto.*

a) Il precetto è una ingiunzione che precede ogni specie di esecuzione forzata. I suoi caratteri generali e le sue forme sono descritte nell'articolo 653. I successivi 577 e 659 non fanno che avvertirne le differenze. Le forme dell'articolo 650 sono essenziali. Non si parla più che di *subastazione*. La procedura sarda del 1859 aveva inaugurato il sistema duplice dell'*aggiudicazione* e della *subastazione*, a scelta del creditore; sistema che conferiva alla speditezza, e non mancava di una certa utilità; il nostro legislatore per altro lo rivide e ci pensò, e crede di non aver trascurato il buono abbandonando l'arbitrario che c'era dentro, e largheggiando un tal quale sviluppo al diritto di offerta, come vedremo in seguito.

b) *Della indicazione dei beni e della trascrizione.*

Il nostro articolo si rimette al 2084 del Codice civile, e questo si conforma al 1979, onde diventa necessaria quella rigorosa precisione che deve usarsi nello iscrivere un'ipoteca. La primitiva Legge 11 brumaio, anno VII, aveva pure adottata codesta formalità, che nel Codice di procedura fu senza compianto abbandonata, non scorgendosi la ragione della sua esistenza. I Codici sardi parvero oscillare intorno alla convenienza di caricarne l'*atto di comando;* lo impose quello del 1854; cangiò sistema la legislazione del 1859 (articolo 785), alla quale bastò la comminatoria di un'esecuzione immobiliare. Devesi però avvertire che in atti successivi della procedura, la formalità della indicazione degli immobili era prescritta; e parlando di quest'ultima, era prescritta sì nella istanza di aggiudicazione (articolo 788, num. 3), che in quella di subastazione (articolo 793), alle quali istanze corrispondeva una sentenza sottoposta alla *trascrizione*. Dell'avere il nostro articolo riassunto quel rito nell'atto iniziale, il precetto, evidentissima è la ragione in ciò che *il precetto stesso dev'essere trascritto* all'ufficio delle ipoteche, secondo l'articolo 2085 del Codice civile.

La importanza della *trascrizione* è specificata nel prefato articolo. Due sono i massimi effetti che ci riguardano: 1° la immobilizzazione dei frutti; 2° il suggello d'inalienabilità che s'imprime ai fondi che sino da quel momento sono messi a disposizione del giudice. Il debitore non è spogliato del materiale possesso ove non sorgano contraddizioni per parte di creditori; ed allora il nominare un altro sequestratario è nella facoltà del giudice, mosso da ragioni ch'egli solo deve valutare.

c) *Del giudice competente.*

È sempre il tribunale civile nella cui giurisdizione sono situati i beni (Vedi appresso, articolo 662).

d) *Della trascrizione da eseguirsi in ogni ufficio dei luoghi ove sono gl'immobili esecutati* (articolo 2085 del Codice civile).

La *trascrizione* è uno dei doveri del creditore; e la non trascrizione sarebbe la negazione del sopra notati importantissimi effetti, onde l'esecuzione mancherebbe d'ogni efficacia, sarebbe come non fatta, sebbene il precetto non fosse nullo (1). Ma essendo gli immobili situati in diversi circondari, e non praticandosi in ognuno la trascrizione, quale sarà la conseguenza? Niuna parte dell'esecuzione sarà efficace, o solamente resterà incompleta e senza conseguenza quella che riguarda i fondi per i quali non si è operata la trascrizione?

Potrà domandarsi primieramente se la questione è possibile. Ordinava l'articolo 2346 del cessato Codice albertino che « un creditore « non potesse in forza del medesimo titolo ese- « cutivo istituire contemporaneamente un giu- « dizio di subastazione forzata *sopra beni si- « tuati in più distretti*, ossiano circondari della « conservazione delle ipoteche, e non compresi « in una sola coltivazione, fuorchè in caso di « insufficienza dei beni posti in un circonda- « rio », disposizione che non è stata ripetuta nel Codice italiano. Si è levata questa pastoia, e si è fatto bene.

È dunque possibile non solo, ma libero al creditore di estendere ai fondi de' vari distretti la sua esecuzione. Ma si avranno esecuzioni che potranno sino a un certo punto considerarsi distinte. Mi spiego. È giusto, e il debitore può reclamarlo nel suo interesse, che la esecuzione, quantunque praticata sopra più fondi, continui con una certa unità, e s'intende con quella unità che è permessa dalla varia situazione loro e dalle diverse competenze a cui soggiace il processo, come si verrà schia-

(1) Non avendo seguito il precetto nei cento ottanta giorni (art. 566), dovrebbe poi rinnovarsi.

rendo nel corso dei nostri studi sopra questa materia. Ma è nell'interesse dello stesso debitore che la esecuzione sopra molti fondi minacciata dal precetto, si venga restringendo ad alcuni di essi che si trovino realmente svincolati per difetto di trascrizione, onde non avrà d'uopo di esperire un'azione di nullità. La esecuzione adunque sarà proseguita contro gli altri beni; la mancanza della trascrizione potrà equivalere ad un abbandono (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. I, n° 878).

e) Dell'alienazione fatta dal debitore nel giorno stesso della trascrizione.

Argomentando dalla espressione *à compter du jour de la transcription* (articolo 686 del Cod. di procedura francese), il Chauveau deriva che l'alienazione fatta pure un momento innanzi la trascrizione sia valida (quest. 2298). Si pronunciarono contro Persil, Rogron, e da ultimo l'autore di questa parte del *Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. I, p. 430) su formola identica a quella dell'art. 2085 del nostro Codice civile (*dalla data della trascrizione*) e si dimostra in quel medesimo giorno avverarsi la inibizione. La nostra legge non ebbe motivo di sottilizzare su questo punto: già il precetto pone il debitore in mala fede; le sue alienazioni in quella stretta dei conti non sono immuni da grave sospetto di frode. Provandosi la quale, eziandio prima dell'alienazione, gli atti del debitore possono annullarsi (1).

f) Se i creditori iscritti possano eccepire la nullità della vendita fatta bensì dopo la trascrizione, ma col consenso del creditore espropriante prima della notificazione del bando.

Disponeva l'articolo 692 del Codice di procedura francese che, *dopo la denunzia del pignoramento*, la parte oppignorata (procedendosi in quella legislazione per via di oppignoramento) *non potesse più alienare gli stabili, sotto pena di nullità*, non occorrendo a questo effetto veruna pronunciazione. Nel 1841 vi fu surrogato il nuovo articolo 686. « La partie « saisie ne peut, à compter du jour de la trans- « cription de la saisie, aliéner les immeubles « saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit « besoin de la faire prononcer ». L'articolo 695 dell'antica procedura ordinava la notificazione del bando ai creditori iscritti. La corte di Grenoble ebbe a decidere due volte questo punto di diritto, e proferì sentenze opposte. Nel 27 giugno del 1817 adottò la massima più rigorosa. Non sentì ostacolo dalla formalità di notificare il bando ai creditori iscritti; disse che la inibizione di alienare doveva ritenersi da quella indipendente, non essendo una condizione della nullità; la disposizione dell'articolo 692 essere assoluta. Mutò parere nella sua decisione del 3 aprile 1821, nella quale avvisò che la notificazione del bando ai creditori iscritti dovesse considerarsi come il momento in cui essi acquistavano il diritto di eccepire la nullità; che per conseguenza il pignoramento poteva risolversi, a volontà del creditore oppignorante e senza il loro consenso; dimostrava la ingiustizia e l'assurdo nell'angustiosa e indebita posizione che verrebbe a crearsi a danno del proprietario.

Il Troplong, nel trattato *Della prescrizione* (num. 640), si è molto esteso su questo argomento, ed ha creduto di stabilire, anche valendosi delle tradizioni del diritto romano e di tutte le pratiche posteriori, che il *punto di unione* dei creditori, aventi diritti reali sull'immobile (iscritti o no) quello era del sequestro, agli effetti, da lui considerati, della prescrizione (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. I, pag. 442).

Per noi la questione è risoluta con poche parole. L'articolo 2085 del Codice civile è decisivo. Il debitore subisce un'assoluta interdizione; la ingerenza dei creditori dopo la trascrizione, anteriormente a qualunque notifica, è accertata dal diritto che appartiene ad ognuno di essi di *far nominare un altro sequestratario*. Altro argomento non meno decisivo è quello dell'articolo 575 del Codice di procedura. Se i *creditori iscritti* possono continuare la procedura, surrogandosi al creditore procedente, senz'indicazione di tempo, è chiaro che la legge li considera come associati al pegno sino dall'atto della trascrizione. Non parliamo che di *creditori iscritti*; e di altri invero non si può parlare. Bisogna escludere, e non faccia meraviglia, i creditori a *privilegio non iscritto*. Oltre la lettera dell'art. 575 c'è la ragione. I creditori privilegiati e non iscritti hanno bensì, o possono avere, prevalenza sui semplici creditori ipotecari, ma la virtù del loro diritto non si spiega che nel concorso; fuori di quello non appariscono nella esteriorità del mondo giuridico, in quel gran campo della pubblicità, che è il libro ipotecario. *Non hanno generalmente azione fondata nella iscrizione* che sola attribuisce il titolo, senz'altro esame, della le-

(1) Ma la *trascrizione* soltanto contribuisce *il terzo* in quello stato di cognizione dopo il quale non può più allegare la buona fede dell'acquisto.

gittima influenza dei creditori nella procedura immobiliare. Il creditore che vanta un privilegio, non iscritto, dovrebbe venirlo dimostrando con altri mezzi; con un giudizio, che non può essere permesso anteriormente a quello di concorso; con un giudizio di diritto, prematuro, preoccupante e senza subbietto (1).

g) *Della notificazione del processo verbale, e, se occorra mentovarla, nell'atto della trascrizione.*

Nelle regole generali sull'*esecuzione forzata*, il precetto era stato così bene distinto in tutte le sue parti che non restava più aggiungere se non quanto è caratteristico e peculiare alla esecuzione mobiliare — *l'intimazione al debitore di pagare in trenta giorni successivi*, ecc. L'intimazione, quale punto di partenza degli atti espropriativi, è dunque necessaria. Il riscontro andiamo a trovarlo nell'articolo 562, che risale al 368. Dell'equivoco che fanno nascere i frequenti richiami dell'articolo 368, si è dovuto discorrer più di una volta. Si crede sempre che voglia regolarsi il *luogo della notificazione*, che è còmpito del tanto interessante articolo 367, e poi si va a capitare in una regola semplicemente di *modo*. Aggirandomi intorno a quell'articolo 562, io venni azzardando delle osservazioni; ma fui costretto piegarmi all'evidenza letterale del testo. Eccomi tornato allo stesso punto. Il precetto dovrà notificarsi *alla persona, residenza o domicilio del debitore*. Persisto nel credere che nel luogo ove sia stato eletto domicilio possa pure notificarsi, onde mi rimetto all'ANNOTAZIONE 4ª dell'indicato articolo 562.

Non ci fa sapere il presente articolo 659 se la notificazione del precetto debba precederne la trascrizione. Ciò è nell'ordine logico, perchè il precetto non avrebbe altrimenti alcun valore: non sarebbe. Per questa considerazione fu in qualche regolamento prescritto che *colla ordinanza dell'espropriazione forzata* dovesse trascriversi *eziandio il verbale di notificazione* (R. Editto piemontese del 1822, articolo 100). In Francia, all'epoca della riforma del 1841, l'argomento fu oggetto di discussione; i terzi ne avrebbero ricevuta una cognizione assai utile; ma noi viviamo con una legge che non ingiunge che la *trascrizione del precetto*.

Noi ci permettiamo tuttavia di toccar questo punto come un vuoto e una difficoltà. La *data della trascrizione* decide della indisponibilità del capitale e della privazione dei frutti. La legge avrebbe adempito al debito della chiarezza, esprimendo ciò che per certo è conforme alla sua giustizia; *dovere cioè precedere la notifica, o almeno essere contemporanea alla trascrizione;* la quale è bensì il più perfetto e solenne avvertimento che se ne possa dare ai terzi, ma rapporto al paziente della esecuzione è affatto nulla: per lui la notificazione è tutto, e in questo consiste il precetto. La *difficoltà* è se, comprovato essersi trascritto un atto avente la forma di precetto, ma non notificato, o posteriormente notificato, l'art. 2085 del Codice civile abbia nonostante la sua letterale applicazione. Per quanto all'impero della lettera si voglia essere riverenti, che qui in verità è chiarissima, sarebbe quella una decisione sì ripugnante allo spirito e alla ragione della legge, che niuno vorrebbe accettare. Ho già osservato che mancherebbe il *precetto;* ch'esso, di qualunque forma si rivesta, ha per essenza l'indispensabile nesso dell'atto imperativo e della scienza dell'uomo che vi deve prestare obbedienza; ch'esso potrebbe sussistere egualmente in una grida, in una ingiunzione, in una minaccia fatta coll'autorità della voce e della parola, e non essere meno imponente nè meno fornito de'suoi essenziali caratteri. Io credo veramente, e sono convinto, che dove la legge dichiara: *il precetto sarà trascritto*, s'intenda colla unita prova della notificazione del precetto, che sola può rendero completa e giustificarne la esistenza; ritengo che il conservatore delle ipoteche debba farsene carico. E quantunque non sia pur anco necessario, nei termini dalla legge nostra, che l'atto di notifica risulti dal registro ipotecario, la trascrizione almeno sia documento a far presumere l'adempimento di sì essenziale formalità.

5. *Del possesso del debitore come sequestratario giudiziale.*

L'art. 797 del Codice sardo del 1859 aveva modificata la disposizione dell'articolo 2344 del Codice civile albertino, stanziando che la interdizione del proprietario dovesse aver principio dalla *data della notificazione dell'atto di comando*, quantunque la trascrizione non fosse imposta che *per l'ordinanza della spropriazione forzata*, che doveva emanarsi ove si trattasse di agire per via di subastazione; ordinanza che nasceva dopo un termine non breve, secondo la forma dell'articolo 596. Vi era poco accordo e anche poca fermezza di principii in un tale sistema. Qualunque sia l'atto di esecuzione che la legge vuol sottoporre alla solennità della trascrizione, è sempre da questo che deve prodursi quella condizione d'inabilità

(1) Perchè il privilegio non può esercitarsi che *actu*, e non ha mai che una esistenza *relativa*.

che il proprietario è costretto di patire, e la conseguente, come si chiama, immobilizzazione dei frutti. La trascrizione fa entrare il pegno immobiliare in una nuova fase; e con ciò si dimostra la ragione per cui questa specie di sequestro nasce non per istanza del creditore eseguente, ma, *ministerio juris*, a tutela eziandio di coloro che non appariscono ancora attivamente nel giudizio, a favore cioè dei creditori iscritti; mentre dall'altro lato il vincolo della proprietà, dichiarato al pubblico, la pone in una condizione che dev'essere rispettata dai terzi, ainno potendo ignorarla.

Nasce da tutto questo un ordine, un complesso, direi anche, di relazioni che il nuovo Codice civile ha saputo comprendere, e tende ad assicurare gli effetti della esecuzione immobiliare attraverso i lunghi indugi, le soste, le dilazioni, che porta sempre con sè un processo di questo genere. Ma, si dimanda, *che sorta di possesso è quello mai del debitore* pendente la esecuzione? Cessa egli forse di aver il possesso di proprietario, il possesso prescrittivo? No: egli continua a possedere collo stesso titolo e colla stessa coscienza. La sua condizione di *sequestratario giudiziale* è semplicemente similitudinaria, secondo la stessa espressione del testo *come sequestratario*, ecc. Egli è presso a poco nella condizione di un interdetto che continua a possedere per diritto, e fa a se stesso tutti i vantaggi che il diritto annette al possesso legittimo per mantenerlo e difendere dall'altrui attacco; più ancora, a prescrivere. Cosicchè se nell'intervallo fra la ingiunzione e la spropriazione, fra la minaccia e l'effetto, il diritto di proprietà venisse a perfezionarsi *mediante l'acquisto della prescrizione*, il suo possesso, comunque vincolato e spogliato della prerogativa della disponibilità, sarebbe tuttavia proficuo al fine, sì a favore del proprietario che de' suoi creditori e aventi causa.

Una triste prospettiva si apre intanto al debitore privato fors'anche degl'alimenti, ma il Codice non provvede. Quello di Ginevra si è preoccupato di questa infelice situazione del debitore. « Si le débiteur n'a d'autre ressource « que les fruits et revenus des immeubles saisies, le tribunal pourra, pendant la durée des « poursuivies, lui en accorder telle quantité « qu'il arbitrera » (articolo 554). Qualche scrittore francese, fra gli altri Persil, mosso da sentimento d'umanità, pensò che il giudice possa avere una simile facoltà anche tacendo la legge. Io convengo, atteso l'appoggio di analogia che ci prestano i n[i] 3 e 4 dell'articolo 586, con quest'avvertenza però, che se le cose mobiliari e di famiglia furono immuni da esecuzione, vi sarebbe a presumere che al debitore sia rimasto quanto basta per non soccombere a questa estrema necessità della vita; ma la prova in contrario potrebbe farsi.

Il debitore, in questo duro stato di sequestratario dei propri beni, deve, come ogni altro sequestratario, render conto dei frutti. *Dei frutti pendenti e non ancora raccolti*, o *anche dei frutti raccolti e riposti nei magazzini?* Chauveau, quest. 2269; Persil, quest. tom. II, pag. 201; Lepage; Dalloz, ecc., dicono semplicemente che i *frutti percetti* rimangono nella disponibilità del proprietario. Ma i frutti sono appena tagliati, sparsi pel campo, non ancora raccolti e riposti! Si considerano nonostante come percetti. « *Perceptionem fructuum* acci« pere debemus, *non si perfecte collecti*, sed « etiam cœpti ita percipi, ut terra continere « se fructus desierint; veluti si olivæ, uvæ « lectæ, nondum autem vinum, oleum ab ali« quo factum sit: *statim enim ipse fructus ac« cepisse existimandus est* » (Leg. 78, Dig. de rei vindic.). Senonchè la esecuzione *potrebbe comprendere ben anco i frutti come mobili* pendenti o staccati dal suolo, riposti o no nei granai e nelle cantine, atteso il diritto dell'accumulazione (articolo 567).

Se la esecuzione comprende tutto questo, noi abbiamo simultanea la esecuzione mobiliare e immobiliare. Ma per quella è necessario il *pignoramento*, prego di avvertirlo; e per questa non altro che il *precetto* si ricerca ad iniziare efficacemente la esecuzione. In effetto, per quanto il cumulo sia legale, i metodi di procedere rimangono distinti, *e separate sono le esecuzioni, quantunque contemporanee*. Dato pertanto che non esistesse *pignoramento di frutti pendenti*, che suol essere accompagnato dalla apposizione di custode, torna indubitato che sino alla notifica della trascrizione il proprietario raccoglie i frutti e ne dispone. E potrebbe disporne eziandio come ogni altro proprietario allora per un tempo avvenire (*nunc pro tunc*), e soltanto si disputerà della frode; il che, come ognun vede, ci porta sopra un altro campo di idee (1).

---

(1) Il *precetto*, ossia la ingiunzione di pagare, è comune ad ogni *esecuzione* (coll'eccezione dell'articolo 565); ed un solo precetto potrebbe valere per le diverse specie di *esecuzione* quando fosse abbastanza comprensivo. Ma quella dei mobili, l'abbiam detto a suo luogo, non si attua che *mediante il pignoramento*, mediante cioè l'apprensione materiale delle cose per organo dell'uffiziale di giustizia.

Il proprietario debitore, scaduto alla condizione di sequestratario, amministra e non gode; rende conto; si fa rimborsare le spese; non esige salario, perchè nel tempo stesso fa l'interesse proprio; non fa veruna spesa di qualche importanza, se non assolutamente necessaria, senza il permesso del giudice; non ha altro titolo ad amministrare che la fiducia dei creditori; e questa cessata, egli deve cedere il posto ad un altro sequestratario, e consegnargli tutto ciò ch'egli ritiene.

Del resto il debitore privato delle utilità dei fondi, continua a dimorare in essi, a sorvegliarli; assiste e dirige la coltura; abita colla sua famiglia la casa compresa nel pegno. *Dovrebbe forse pagarne l'affitto?* No, per la ragione appunto che non è privato *se non del possesso utile nel limite determinato dalla legge*, rispetto cioè a quelle attività fruttifere di cui è possibile concepire la consolidazione col fondo.

6. *Della immobilizzazione dei frutti.*

a) La immobilizzazione, che non è altro che la loro aggiunzione al prezzo dell'immobile, non può intendersi se non da un momento nel quale i frutti siano ancora attaccati allo stesso immobile o maturino in seguito. D'allora in poi quei frutti sfuggono alla esecuzione mobiliare. Per contrario se la esecuzione mobiliare li avesse colpiti ad istanza di altro creditore, si avrebbero come avulsi dall'immobile, quantunque tuttavia pendenti (*Commentario del Cod. sardo*, vol. v, part. I, p. 451). La esecuzione immobiliare può esser provata eziandio dal creditore chirografario; nessun dubbio: ma la sua iniziativa non rende migliore la sua posizione di creditore verso gli iscritti; cosa egualmente chiara. Il Dalloz dà ai pratici questo avviso, che dipende dal promovente della esecuzione immobiliare impedire quella dei frutti per via separata a favore di altro creditore, regolando i suoi atti di maniera che la esecuzione venga a cadere nelle sei settimane anteriori alla raccolta. Ma il buon consiglio di Dalloz non è sempre sicuro, avendo noi veduto nell'esame dell'art. 582 che il pignoramento può farsi prima di quel tempo.

b) *Dei frutti civili.*

Rapporto a questi, la trascrizione opera di pieno diritto, semprechè sia preceduta dalla notificazione del precetto al debitore, come si osservò in una delle note superiori. Questione: *se le rate delle pigioni delle case e fabbriche annesse e comprese nella tenuta, che sono in corso di maturazione, alla loro scadenza devolvano interamente a profitto dell'immobile;* ovvero per quella parte soltanto che è venuta maturando dopo la trascrizione.

La ragione del dubitare è la natura stessa dei frutti civili che s'intendono *acquistati giorno per giorno* (articolo 481 del Codice civile; Leg. 25, § 2, Leg. 26, Dig. de usufructu; Leg. 21, Dig. de usu et usufr. junct.; Leg. 34, Dig. de usur.). Con tal norma se, per esempio, fossero trascorsi tre mesi del semestre, in capo al quale si pagano le pigioni della casa affittata, si dovrebbe fare una separazione, e metà liberamente consegnarla al debitore oppignorato, e l'altra metà depositare a vantaggio dei creditori, secondo il placito dell'articolo 688. Rispettando l'opinione contraria (*Commentario del Codice sardo*, vol. v, part. I, n° 899), io non posso convenire. Quella regola della divisione dei frutti civili, giorno per giorno, è vera in materia d'usufrutto: regola adottata perchè ove si tratta di frutti civili è di una applicazione possibile; non è adottata in fatto di frutti naturali, non perchè per giustizia non dovesse correr ugualmente, ma solo perchè non è possibile. Anco i frutti della terra germogliano e nascono, e crescono di giorno in giorno; non maturano e non balzan fuori tutto ad un tratto. Perchè adunque l'usufruttuario, che aspettò paziente questa lunga gestazione della natura, nulla consegue e nulla lascia ai suoi eredi se muore un giorno prima della ricolta? Egli è che nessuna investigazione d'uomo può percepire quell'occulto lavorio, e descrivere con quale progressione arcana sia venuta maturando la messe. Voglio dire con ciò che in codeste distribuzioni non domina propriamente un principio unico e razionale: ma il legislatore lo segue soltanto ove può, ove può trovare una base al suo calcolo. Ma i canoni che hanno dovuto stabilirsi in materia di usufrutto, possono forse aver applicazione nella presente? Non credo. Lascio stare che la è questione del conoscere come debba distribuirsi una quantità divisibile fra due pretendenti: nel caso attuale il proprietario è un solo, e rimane sempre quello, quantunque quel valore devolva a pagamento de' suoi debiti, che infine è pure vantaggio suo. Prescindendo da ciò, dico che qui il punto è *non di proprietà, ma di disponibilità;* che la disponibilità di una rata in corso, in quanto deriva dal fatto della percezione, non comincia che dalla scadenza; e che se in quel momento è sollevato un ostacolo al proprietario, un sequestro o simile, onde non gli è permesso di raccoglierla, sarebbe cosa inaudita ch'egli dovesse, *more* di un usufruttuario, pretendere una sottrazione dal sequestro di una parte della rata a calcolo di giornate.

c) *Del fallimento del proprietario se viene*

dichiarato prima della trascrizione; quale sia la conseguenza rispetto alla immobilizzazione dei frutti rappresentati dai fitti del fondo.

Il quesito, come si presentò in giudizio sotto l'impero del Codice di procedura fraocese del 1807, portava che la esecuzione immobiliare era stata promossa da creditore ipotecario.

E per questa condizione del creditore rapporto all'immobile, per questa solo, il quesito era possibile. Era statuito negli articoli 571 e 572 del Codice di commercio francese che dal momento in cui venne dichiarato il fallimento del debitore, a nessun creditore che non avesse ipoteca sull'immobile fosse lecito di oppignorarlo; e se prima dell'unione dei creditori del fallito la espropriazione non avesse avuto cominciamento, gli stessi creditori ipotecari avrobbero dovuto astenersene, lasciandone la facoltà ai soli sindaci. Quelle disposizioni erano saggie; i successivi codici di commercio d'Italia le hanno onorate di reiterate approvazioni (articoli 616 e 618 del Codice sardo, 30 dicembre 1842; articoli 684 e 685 del Codice di commercio italiano. Noi dunque supponiamo che la esecuzione sia provocata da un creditore ipotecario, da chi cioè lo potrebbe in pendenza di un processo di fallimento. Questo creditore, investito del diritto di procedere, porta avanti i suoi atti sino alla consumazione, in esclusione degli stessi sindaci. Se il fallimento fosse *posteriore alla trascrizione* non si revoca in dubbio che la *immobilizzazione dei frutti*, non si fosse per tale fatto giuridico operata; ma nella nostra ipotesi il fallimento è stato dichiarato prima la oppignorazione (noi diremo il precetto) e la trascrizione. Era pertanto avviso di alcuni giuristi e tribunali che la trascrizione non effettua di pieno diritto la immobilizzazione, se e dove occorra un sequestro da farsi sopra gli affittuari e debitori delle corrisposte: sequestro che, dopo il fallimento, non avrebbe potuto più eseguirsi se non dai siudaci nell'interesse comune dei creditori, e non mai da un creditore individualmente per conto proprio o di altri. Il Chauveau, che aveva sostenuta questa sentenza, ragionando secondo la legge del 1807, non mancò di coerenza, accettando la immobilizzazione di diritto per effetto della trascrizione, di fronte al nuovo articolo 685 della legge del 1841. « *Les loyers et fermages seront immobilisés à partirde la transcription de la saisie*, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque ». Secondo questo sistema (Chauveau, all'ort. 685 dello Legge del 1841, qu. 2290) la immobilizzazione è una consoguenza *juris* della trascrizione, immediata, inevitabile.

Non vi è motivo per decidere diversamente secondo la legge nostra. È vero che non si è distinto fra i frutti naturali, industriali o civili; mo bisogna ben ritenere che tutti questi sono contenuti nella generale sanzione dell'articolo 2085 del Codice civile.

d) *Locazione interinale dell'immobile esecutato.*

Esaminando il superiore quesito, avrei dovuto occuparmi di quei frutti civili che sono rappresentati dalle corrisposte d'affitto, ritenuto che l'immobile sia locato. Mi riserbo di raccogliere i vari ragionamenti che dovrò fare su questo soggetto, analizzando l'articolo 687. Ora mi restringo a quella parte dell'art. 2085 del Codice civile, che dice: Il tribunale può « autorizzare il sequestratario ad affittare i beni per quel tempo ed a quelle condizioni che saranno da esso stabilite, sentiti il debitore se fu nominato un altro sequestratario, e in ogni caso i creditori istanti ».

Il debitore è sempre proprietario, ma in istato d'interdizione. Egli è consultato, troppo giusto; ma egli non decide. È facoltà amministrativa demandata al tribunale; facoltà però che sembra non eserciti d'ufficio, ma per mezzo del *sequestratario*, che si suppone nominato in una terza persona, non iscorgendosi dall'articolo che lo stesso debitore possa essere a ciò deputato. Il *tempo e le condizioni* saranno stabilite dal tribunale medesimo; questo olmeno può dedursi dalle prime parole e dall'insieme del testo, benchè la locuzione sia piuttosto dubbia. In una misura omministrativa, conservatoria, e di circostanza, la legge non ha potuto prefigger norme positive. Se un terzo sequestratario non fu nominato, non trovo vietato nè che il tribunale deputi persona a questo speciale effetto (giacchè la nostra legislazione non ama la ingerenza diretta del magistrato negli affari, come in oltre fu usato), e, consenzienti i creditori, lo stesso debitore può assumere di trattare l'affittanza, che avrà una certa ragionevole proporzione colla durata del processo esecutivo.

e) *Che è l'istanza di espropriazione* che la legge suppone abbandonata per un anno? (terzo capoverso del detto articolo).

Se dalla *trascrizione* non vi è stato di mezzo verun atto della procedura, la istanza si riterrà abbandonata, intendendo con questo nome l'*atto iniziale ed effettivo della esecuzione immobiliare*, vale a dire il precetto collo sue condizioni di notifica e trascrizione. È anche questa una *perenzione*, di cui varie specie abbiamo nel Codice.

Da qual punto decorre il termine dell'anno? Il creditore procedente deve tacere per uno spazio di trenta giorni, che dall'articolo 650 sono dati a tutto profitto del debitore. Questi trenta giorni sono tuttavia da computarsi nell'anno? Io così credo, perchè la legge, senza distinguere, ha considerato un termine abbastanza esteso, che evidentemente si parte dall'*atto della trascrizione*.

Ma si porrà a debito eziandio quel tempo che si dovrà spendere a respingere una opposizione sollevata contro la esecuzione dal debitore o da un terzo? Francamente si può rispondere di no, per la indisputabile analogia dell'articolo 566.

Se qualche altro creditore facesse atti che possono riputarsi continuativi dell'esecuzione, quali sono quelli che previde il seguente articolo 661, dovrà tuttavia *ritenersi abbandonata la istanza di spropriazione?* Una considerazione importante ci darà la chiave della risposta. Quantunque la legge non guardi in tutto questo che il fatto del creditore promovente, che il suo abbandono può pregiudicare alla famiglia dei creditori ipotecari di cui fa parte, in quella guisa che pregiudica a se stesso, nondimeno non sarebbe possibile arbitrare, che il fatto suo non potesse rilevarsi da un altro creditore che fosse costituito nella facoltà di proseguire la esecuzione. Tale sarebbe il creditore ipotecario, per autorità dell'articolo 575. Tale sarebbe ancora il creditore che notifica un altro precetto esecutivo (*V.* il seguente articolo 661). Nell'una e nell'altra di codeste ipotesi la procedura risorge e continua per opera di quei creditori nel comune interesse, e s'interrompe il corso della perenzione.

Effetto della perenzione.

L'effetto è la dissoluzione del vincolo che per virtù della trascrizione riuniva i frutti all'immobile aumentandone il valore venale. Il primo e naturale risultato si è, che i frutti accumulati a tal fine o in natura o in prezzo, si riversano in mano al proprietario che può domandarli con atto giudiziale, liberamente disporne, o per lui qualche suo cessionario, come se non fossero stati vincolati al pegno. Altra conseguenza, che se fossero stati pignorati da altro creditore per forma di esecuzione mobiliare, la sua esecuzione diventerebbe perciò efficace, e con questa forma il pegno sarebbe venduto.

La perenzione, come ognun vede, *è parziale;* non fa andare in dileguo la esecuzione, ma la priva di uno dei suoi vantaggi, diminuisce la importanza del pegno. Ecco tutto. La legge ha trovato che questa condizione fatta al proprietario, sia pure debitore, non era più tollerabile; fors'anco acutamente previde che il creditore, sotto l'apparente inazione, tendeva ad aumentare con nuove aggiunte di frutti il pegno, protraendo gl'imbarazzi del debitore. La esecuzione però, come dissi, non è caduta, solo è stata scemata di uno dei suoi effetti. *Onde il precetto diventi inefficace*, secondo l'espressione dell'art. 566, si richiede il decorso di 180 giorni, dopo il qual tempo si ha come non fatto; la trascrizione medesima non ha più forza, e il proprietario può farla cancellare dal suo fondo.

La saggezza di tali determinazioni non impedisce tuttavia che qualche seria difficoltà non possa sorgere nell'atto pratico. Continuandosi il processo dopo l'anno ad istanza del creditore eseguente, o di qualche creditore iscritto, la trascrizione, che sempre esiste, non riprende forse la sua virtù d'immobilizzare i frutti, dal giorno almeno in cui la esecuzione è ripresa? Così dev'essere e sarà, io stimo, mediante una dichiarazione di volontà del creditore da notificarsi al debitore, e non più *pleno jure* come innanzi, poichè la efficacia dell'atto di trascrizione essendo risoluta, non rinasce per naturale sua virtù, la quale deve riabilitarsi per un altro fatto giuridico. Questo fatto giuridico è semplicemente l'atto continuativo della esecuzione, che non comprende per se stesso eziandio l'effetto di attaccare al prezzo dell'*immobile* i frutti, se non in quanto si conforta della trascrizione, e ad essa si associa. Così torneranno ad immobiliazzarsi i frutti, non quelli che già furono staccati dal suolo, ma i successivi. Frattanto la trascrizione favella al pubblico un linguaggio che non è più esattamente vero; ma verranno i bandi a far conoscere quali siano le cose esposte alla vendita; i bandi ne sono la espressione più precisa, quella che il pubblico deve seguire.

Quanto alla *perentorietà del termine*, secondo me, convien distinguere. O lo stesso oppignorato era in possesso dei frutti e delle rendite che percepiva benchè coll'obbligo di render conto, il vincolo si scioglie *ipso jure* finito l'anno; o i frutti stessi, ovvero il prezzo che li rappresenta, sono depositati a disposizione del giudice, o custoditi da un terzo sequestratario, in simili casi richiedendosi il fatto dell'uomo (l'istanza cioè di restituzione), il termine non opera, io credo, di pieno diritto. Ne segue che, se prima della contraria istanza il creditore si mosse e continuò la procedura, la domanda posteriore dell'oppignorato, *re non adhuc integra*, non avrebbe più effetto.

Mi giova sapere da ultimo, e finisco, se ciò che nel 3° capov. dell'art. 2085 si dice rispetto all'*abbandono dell'istanza di spropriazione*, abbia a dirsi eziandio di ogni altro stadio o termine della procedura esecutiva. Se per es. il creditore, dopo conseguita sentenza di vendita, faccia punto e si fermi per quanto corre un anno, e più ancora), io penso che quella legge, e per la dizione che usa, e per l'evidente relazione che ho cogl'inizi del procedimento, non si possa estendere più oltre, ad abbracciare altri termini ed altri istanze, salvo sempre la perenzione totale decretata nell'articolo 388. La legge ha impartito gli opportuni rimedi, onde gl'interessati producano a compimento un processo per negligenza o collusione sospeso.

Della trascrizione del precetto esecutivo in relazione all'articolo 1942 del Codice civile.

I.

Fra i contratti che devono esser resi pubblici mediante la trascrizione, vi hanno *i contratti di locazione eccedenti i nove anni* (articolo 1932 n. 5 del Codice civile). — *Il precetto nei giudizi d'esecuzione sopra i beni immobili* — è pure sottoposto a questa formalità (articolo 1933).

Avvenne che dei creditori avendo adempito al debito loro trascrivendo il precetto, non trovassero trascritto nel libro delle ipoteche verun contratto di locazione. Pubblicati gli editti di vendita, sorse pretesa di alcuni locatari che presentavano scrittura con data certa anteriore al precetto, affinchè il loro contratto dovesse rispettarsi. Trattavasi di un affitto per 12 anni. I creditori ipotecari, trincierandosi nella regola dell'articolo 1942 e sopratutto giovandosi di quella dichiarazione — che gli atti soggetti alla trascrizione *non hanno alcun effetto riguardo ai terzi*, sinchè non siano trascritti — rigettavano in tutto la locazione opposta.

La corte di cassazione di Firenze con sentenza del giorno 6 dicembre 1860, a mia relazione (*Annali di Giurisprud. italiana*, causa Pellini-Valeri) stabilì in massima, che, non trascritta, la locazione dovesse ritenersi inopponibile ai terzi, ma solo in quanto eccedesse la portata del nove anni.

Benchè la sede della questione sia piuttosto nel Codice civile che nella procedura, tuttavia non essendo estranea al nostro soggetto, e per l'interesse che presenta, stimo di farne cenno.

La ricerca è duplice. Come si dimostra che i creditori ipotecari sono compresi nella denominazione generica di terzi, secondo l'articolo 1942? Per qual ragione la locazione si ritiene operativa sino alla durata di nove anni?

Al bisogno della causa bastava la disposizione, che è veramente letterale, dell'articolo 1942 e la sentenza si tenne in questo limite; ma ci sia lecito risalire un momento ai principii.

La pubblicazione che deve farsi dei contratti riguardanti beni immobili, non concerne tanto la estensione della disponibilità del proprietario quanto l'acquisto del diritto. Che il diritto reale sia effettivamente trasferito per volontà e fatto del proprietario senza la formalità della trascrizione, è ciò che deve ritenersi nel nostro sistema, avvalorato dalla chiara disposizione dell'art. 1448 del Codice civ. Ma è osservabile che quell'articolo si esprime — *riguardo al venditore.* —. Questo inciso è il preludio di ciò che il Codice proclama più avanti rispetto ai terzi. L'acquisto della proprietà, non trascritto, non ha che una efficacia condizionale, alla condizione cioè che altri acquistando lo stesso diritto, o ragioni atte a modificarlo (la ipoteca) non adempia per parte sua alla essenziale formalità della pubblicazione, secondo la natura del diritto acquisito, vale dire colla trascrizione o colla iscrizione. Acquisto di proprietà non trascritto, equivale ad acquisto d'ipoteca non iscritta; se non che la ipoteca non iscritta non genera diritto reale di veruna sorta neppure rispetto al proprietario, e il credito rimane puramente personale come innanzi.

La formalità della pubblicazione, io diceva, concerne più presto l'acquisto della proprietà che la disponibilità del venditore; che anzi la disponibilità del proprietario venditore non si reputa esaurita nel senso ch'esso può tuttavia vendere ad altri, ed altri può da lui validamente acquistare; e questi mediante la trascrizione può a se stesso assicurare l'acquisto senza che possa essergli d'ostacolo quello nominalmente anteriore ma rimasto imperfetto per mancanza della trascrizione. Nei quali

effetti si rappresenta tutta la forza e tutta la importanza del sistema in ordine alla trascrizione dell'acquisto della proprietà stabile.

Noi vediamo pertanto che anche *gli aventi causa* dal proprietario possono aver qualità di terzi. L'unico obbietto che nel sommo rigore del diritto potrebbe farsi contro il secondo compratore o contro il creditore che ha acquistata la ipoteca dopo che il proprietario aveva alienato il fondo, starebbe in questo, che, *avente causa*, non riveste qualità di terzo. Non può un proprietario disporre due volte della stessa cosa. Si potrebbe anche volgere in questo senso il memorato inciso dell'articolo 1448 e dire: se col solo consenso il dominio è trasferito per quanto *riguarda il venditore*, avrà bene ragione di terzo chi ha acquistato anteriormente, o da tutt'altri che da lui supposto che il venditore non fosse realmente il proprietario, ma lo stesso venditore non potrà di nuovo trasferire la proprietà di cui si era già spogliato. Codeste osservazioni, vere nelle relazioni naturali del diritto, sono possentemente modificate in una creazione legislativa che s'inspira alla utilità generale. In presenza di questo che può dirsi diritto nuovo e di carattere essenzialmente pubblico, la teoria *degli aventi causa* che si applica a tanti altri casi, si presta spontanea colle solite distinzioni, che l'avente causa rappresenta il suo autore quando intendo di esercitare i diritti di lui; ma non rappresenta che se stesso (a differenza dell'erede) in tutte quelle parti in cui assume la difesa di un diritto proprio, in opposizione a quello del suo autore medesimo. Il secondo acquirente è forte di un diritto suo proprio quando ha trascritto il suo acquisto, e rigetta come inefficace la prima vendita nella quale egli non ebbe parte, e verso la quale egli è terzo (1). Collo stesso argomento si sostiene il creditore ipotecario che potè iscrivere con effetto la ipoteca acquistata dopo la vendita.

La legge reputa alienazione, o quasi-alienazione (forma similitudinaria molto in uso presso gli antichi): una specie insomma, un qualche cosa che tiene all'alienazione, *la locazione che eccede i nove anni*. Siccome si considera la proprietà stabile principalmente per i suoi prodotti, essa diminuisce di valore rapporto all'acquirente quanto più della rendita sia stato disposto e dissipato dal proprietario. Chi ignorando questa condizione della proprietà acquistasse il fondo, potrebbe trovarsi ingannato; e perchè il proprietario non possa ingannar nessuno, si è fatta legge al conduttore di trascrivere il contratto di locazione, laonde l'inganno del proprietario ricadrebbe sopra di lui.

La simbolica e rappresentativa apprensione dei beni si è stimata nel nuovo sistema cerimonia inutile quanto alla esecuzione sugl'immobili; vi si è sostituito il precetto obbligatorio elevato a potenza esecutiva, userò questa frase, mediante la trascrizione. È guarentigia di un diritto acquisito, come sempre (2): diritto *sulla proprietà* e non *della proprietà* che continua a rimanere nel capo del proprietario minacciato di spogliazione. Con tali requisiti di legalità il precetto ottiene gli effetti che sono della sua natura e determinati dall'articolo 659. Non costituendo al postutto che il pegno giudiziale, non toglie che altri creditori possano iscrivere ipoteca posteriormente (3). Se non che uno degli effetti del pegno essendo la indisponibilità non solo dei frutti ma altresì della sostanza, affinchè la nuova iscrizione sia efficace, è mestieri che il debitore l'abbia validamente acconsentita prima della trascrizione e notificazione del precetto. La vera interdizione cui soggiace il debitore coll'oppignoramento dell'immobile, assicura i creditori che potranno concorrere sul prezzo, da qualunque ulteriore gravame che mai potesse temersi dal proprietario, incatenato, per così esprimermi, a quello stato di cose. E ciò riguarda anche i creditori che potrebbero formarsi, non esclusi nuovi ipotecari, sempre chè non si disponga della sostanza colla creazione di una nuova ipoteca, come ho detto e dirò più avanti.

La locazione eccedente i nove anni considerandosi come una specie di alienazione della proprietà, ne segue che non essendo trascritta di fronte al precetto che è stato trascritto, per quanto eccede, non è più opponibile ai

(1) Salvo le azioni d'indennità dal primo acquirente verso il venditore, se pure il venditore non gli opponga utilmente la sua propria negligenza: arduo problema di cui non possiamo occuparci.

(2) Si acquista anche la *liberazione* di un onere fondiario, o di un debito o di un obbligo qualunque; ne vediamo gli esempi ai §§ 2, 3, 7 dell'art. 1932 del Codice civile.

(3) Fuori il caso che il debitore sia in istato di fallimento, nel qual caso non si potrebbe neppure tras rivere efficacemente una compra anteriore, secondo la teoria di Troplong (num. 164 e seg. del *Commento sulla Legge del 23 marzo 1855*) che credo la migliore.

creditori i quali da quel momento, se non possono contarsi fra loro, sono sicuri però che la entità del pegno giudiziale non potrà esser diminuita per fatto del proprietario, eccettochè per correr di tempo il pegno stesso non cada perento.

—

Sorse nel seno del Corpo legislativo in Francia alla occasione della Legge del 1855, una questione che ha la più stretta attinenza colla materia di cui ci occupiamo.

Nel suo carattere cautatorio e preventivo, il sistema ipotecario spiega la sua diretta utilità rispetto ai creditori ipotecari *posteriori* all'alienazione non iscritta; e così diciamo posteriori alla locazione eccedente il termine legale che allora era di 18 anni. La pubblicazione che doveva farsene nell'ufficio delle ipoteche, era per certo il più utile avvertimento a coloro che volessero prestar fede alla proprietà. Ma non si doveva forsanche aver riguardo *alle iscrizioni preesistenti?* Si comprende che il proprietario non fa alcun male al creditore iscritto alienando lo stabile perchè la ipoteca si trasporta immediatamente a carico del terzo possessore, ma la disposizione dei frutti per lunghissimo tempo poteva sembrare una cosa molto più grave, stremando il valore della ipoteca che di tanto veniva a perdere delle naturali garanzie che ha diritto gli siano conservate.

Ma se non poteva impedirsi al proprietario l'alienazione del fondo, poichè la ipoteca lo lascia nel pieno possesso ed esercizio della sua proprietà, come gli poteva esser tolto il diritto di affittare a lungo tempo, non altrimenti che quello di dare il fondo in enfiteusi o in usufrutto?

Sotto l'aspetto del diritto di proprietà, non sarebbe possibile levar di mano tale facoltà al proprietario che ha delle ipoteche iscritte sui propri fondi. Troplong sostiene fortemente questa tesi nella sua opera *Sulle Ipoteche* (numero 777 ter) contro Delvincourt e Pigeau. Ma questi giureconsulti, confessando di avere contraria la legge, non prendono impegno se non per mostrare che sarebbe desiderabile l'adozione di due articoli proposti dal tribunato e che non vennero accettati. Devesi per altro osservare, che quegli emendamenti, che mirarono specialmente a render innocuo l'abuso delle *anticipazioni*, riportavano il loro pensiero al tempo in cui viene a realizzarsi la ipoteca, studiando il modo onde i creditori ipotecari non fossero per risentir pregiudizio dalle ardite disposizioni del proprietario. Io sto garante che quegli autori ragionavano del loro soggetto meglio di Troplong. Il quale dopo avere virilmente difeso il diritto della proprietà nel trattato delle ipoteche, viene poi al numero 202 del suo commento sulla legge del 1855 a dire, che non essendo lecito il far danno *alle ipoteche di già iscritte*, si dovrebbe provvedere colla riduzione della locazione ai 18 anni, laddove l'articolo 3 della suddetta legge non ordina la riduzione se non nel caso che *la locazione non sia stata trascritta* e la nostra discussione versa sulla ipotesi contraria, cioè che *la locazione sia stata trascritta* (1).

In realtà se il contratto di locazione, comunque a termine lunghissimo, sia stato trascritto prima della trascrizione del precetto esecutivo, generalmente parlando e in principio, esso ha il suo pieno effetto anche di fronte ai creditori ipotecari anteriori; ma la legge porge dei rimedi, i quali rimedi sono contenuti nell'articolo 687 della procedura.

Gioverà aggiungere una parola sul disposto di questo complesso e fecondo articolo, intanto fermiamoci alle *anticipazioni* che sono un modo di disporre dei frutti vieppiù pericoloso per quelli che professano diritti creditorii sul fondo.

Intorno ai fitti con anticipazione delle pensioni nulla dispone la legge francese! L'articolo 691 del Codice di procedura civile osservò in primo luogo se la scrittura abbia data certa anteriore al precetto, altrimenti abilita i creditori a chiederne l'annullamento. E avendo data certa, i creditori possono sequestrare le pensioni, e del resto si riuniscono *de jure* al fondo quelle che scadono dopo la notifica del precetto. Con una legislazione così insufficiente, la via alle opinioni era aperta. Vi fu chi disse, certo ingegnosamente, che l'affitto a tempo lunghissimo (e tale doveva esser quello che superava i 18 anni) assume in certo modo la natura dell'usufrutto, formandosene come un ente economico che potrà essere oggetto dell'azione ipotecaria, quale appunto si esercita sull'usufrutto (2). La nostra giurisprudenza italiana cresciuta alla scuola del diritto romano, era concorde nel ritenere che l'affitto a lungo tempo trasferisce il dominio;

(1) « Le baux *qui n'ont point été transcrits*, ne peuvent jamais être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans » (articolo 3).

(2) Tarrible seguito da Battur, *Hypot.*, n. 526.

ma non abbiamo mai detto che si trasformi nominalmente ed effettualmente in usufrutto. L'usufrutto ha delle qualità troppo diverse dalla locazione, nè preme qui dimostrarlo. Grenier vedeva in questo una frode e la frode essendo sempre allegabile, faceva come a dire istanza ai giudici onde usassero di tutta la severità del loro ministero. Troplong sembra accomodarsi a tale stato di cose interpretando che il legislatore approva simili contratti, quando siano di buona fede e non permette azione ai creditori iscritti. Tutto si riduce al sequestro: ma se i fitti furono pagati in anticipazione, è chiaro, egli dice, che manca la materia sequestrabile e insomma i creditori devono rassegnarsi.

La nostra legge risolve francamente tutte queste dubbiezze e fa tacere ogni dissensione. In primo luogo si concede espressamente la facoltà d'impugnare il contratto se fatto in frode. Indi è stabilito — *che il pagamento dei fitti e dei canoni anticipati non si può opporre al compratore oltre la consuetudine locale* (articolo 687 della procedura civile). Vero è che ivi si parla dei rapporti fra il compratore (all'asta pubblica) e il conduttore che si trova detentore del fondo, ma gli è manifesto che i creditori hanno diritto dal canto loro di non tenere nei bandi verun conto delle anticipazioni e di espressamente dichiararlo ove occorra, acciocchè non venga a diminuirsene il prezzo.

—

Del resto non si è mai seriamente dubitato che i creditori ipotecari non fossero a comprendersi nella categoria di quei terzi — *qui ont des droits sur l'immeuble*, posto che li abbiano conservati (articolo 3 della legge del 23 marzo 1855). Lungi dal fare assegnamento sulle ragioni del proprietario che costitul la loro ipoteca sui propri beni, usano di un diritto inerente alla loro posizione speciale che ripetono direttamente dalla legge, e quindi non procedono sulla linea degli *aventi causa* ma nella opposizione del loro interesse, in tutta la estensione della parola, sono *terzi*. Non vi era bisogno di più, eppure la nostra legge ha voluto essere anche più aperta spiegando che *terzi* si considerano quelli *che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile* (articolo 1942).

Ma potrebbe avvenire che il conduttore a lungo tempo, il quale non trascrisse il suo contratto prima della trascrizione del precetto, lo trascrivesse poco dopo, all'effetto di separare i creditori *che hanno acquistato il loro diritto sull'immobile* anteriormente (dei quali sembra parlare l'articolo 1942) dai creditori che avessero iscritto ipoteca posteriormente e prima della vendita. È possibile questo?

La trascrizione del contratto di locazione a lungo tempo dopo quella del precetto esecutivo sarebbe inutile anche rapporto ai creditori ipotecari che prendessero iscrizione posteriormente. La sostanza oppignorata rimane inalterabile, e quindi pegno comune a tutti coloro che in posizione più o meno vantaggiosa hanno diritto di concorrere sul prezzo; nè si vedrà lo sconcio che per gli uni non esista, ed esista per gli altri il vincolo di una locazione a lungo tempo. Quanto alle iscrizioni che potessero sopraggiungere dopo la trascrizione del precetto, bisogna avvertire che la trascrizione del precetto esecutivo non trasferisce il dominio nei creditori; che quantunque il pegno giudiziario dell'immobile colpisca d'indisponibilità il diritto stesso del proprietario, ciò non toglie che ipoteche anteriormente acquistate, comunque non iscritte, possano iscriversi anche posteriormente alla trascrizione del precetto. I creditori, che diremo tardivi, hanno pur sempre facoltà di concorrere sul prezzo dell'immobile nel rango che loro appartiene, e preferibilmente ai creditori chirografari che possono a loro volta sull'avanzo concorrere, e che perciò hanno pur essi un interesse, sebbene remoto, nella integrità ed efficacia del pegno. E però convien distinguere i diritti reali che *diminuiscono il valore della proprietà*, da quelli che non diminuiscono il valore della proprietà, e non influiscono che sulla distribuzione del prezzo.

II.

Resta a vedersi se la locazione non trascritta, cada in tutto, o la sua inefficacia si limiti a quella parte che eccede i nove anni.

La legge francese del 1855 (articolo 3°) dichiarava espressamente che le locazioni non trascritte non erano opponibili oltre la durata di 18 anni (che per noi sono nove). Invece il nostro articolo 1942 è venuto in una dizione più assoluta: « Le sentenze e gli atti enunciati nell'articolo 1932 sino a che non siano « trascritti *non hanno alcun effetto riguardo* « *ai terzi che*, ecc. ». È naturale la impressione che nasce dalla differenza del dettato, e poteva prevedersi che presentandosi il caso ai tribunali sorgesse una questione. Ed eccola ancora palpitante, decisa da pochi giorni dalla corte suprema di Firenze (V. sopra, p. 151).

Si è detto in contrario primieramente che la legge della riduzione non esiste, e non esiste perchè il legislatore italiano non volle

trapiantare sul nostro terreno il *modello francese*, e il magistrato non può supplire colla sua equità alla mancanza di ogni disposizione legislativa. Forte argomento desumevasi dalle parole indicate; se gli atti non sono trascritti, *non hanno alcun effetto*, quasi a dire che effetto parziale non possono avere.

In generale i creditori ipotecari, per quanto possano forsi render ragione dei deterioramenti materiali del fondo, non hanno azione per limitare la disponibilità giuridica del proprietario. Di quelli venuti dopo la trascrizione non parlinmo; ma neppure gli anteriori ne hanno il diritto, per ciò che si disse superiormente. Se piacesse al proprietario di locare i suoi beni stabili anche per 30 anni (articolo 1571 del Codice civile), non gli si potrà far contrasto. Il conto si stringe nel giorno in cui l'immobile è oppignorato; se il contratto è stato trascritto in tempo, sussiste, ma negli effetti si modifica secondo il dichiarato articolo 687 della procedura civile; se non è stato trascritto, la corte suprema di Firenze ha giudicato non potersi mantenere che per soli nove anni.

Havvi a sostegno di tale conclusione un riflesso principalissimo: che la trascrizione non è imposta al contratto di locazione quasi sia di natura da imprimere un'affezione sulla proprietà stabile, ma al contratto di locazione *colla qualità di eccedente i nove anni*. Sino a questa misura la disposizione del proprietario non è sottoposta a veruna formalità esteriore che sia necessaria alla validità del contratto; in sostanza la trascrizione è necessaria ed opera sulla parte che eccede e riveste il carattere dell'alienazione. Così trattandosi di *liberazione o cessione pigioni o fitti non ancora scaduti*, il proprietario ha una facoltà che sino ai tre anni si reputa di mera amministrazione. Ma gli atti o contratti *per un termine maggiore* denno pubblicarsi colla trascrizione (art. 1932, num. 7, del Codice civile). Non si ha diritto di reclamare in proprio favore la sanzione legislativa che rende inefficace un atto per omessa formalità, se non si abbia interesse. Ora la legge reputa che i terzi non abbiano interesse alla trascrizione e alla pubblicazione fintanto che l'affitto si restringe al nove anni ed ai tre anni la cessione di fitti non ancora scaduti: lasciandone al proprietario una disponibilità incondizionata, ciò importa che tali convenzioni, sempreché fatte in buona fede, debbono esser rispettate anche dai terzi.

Dalle quali considerazioni è facile rilevare, che non era punto mestieri di ripetere quel pronunziato della legge francese, *che le locazioni non trascritte non sono opponibili ai terzi al di là del termine ordinario*, inchiudendo il contrario, cioè esser opponibile sino al limite del termine ordinario, imperocchè, secondo amendue le legislazioni, quest'ultimo, dal lato del proprietario, rappresenta l'esercizio di un diritto. La formola — *non hanno alcun effetto riguardo ai terzi* — non può intendersi che in relazione al soggetto, e considerandosi come la conseguenza giuridica che deriva dal difetto della ingiunta formalità, non può essere che in proporzione coll'ordinamento stesso della legge. Ora l'ordinamento è di trascrivere le locazioni *che eccedono i nove anni*. Sino a nove lo posso fare liberamente, ma se voglio estendermi oltre questo confine debbo sottopormi a certe modalità: sarebbe assurdo che trascurandole, il fatto mio fosse annullato anche in quella parte che era precisamente nel mio diritto. È proprio il caso che *utile per inutile non vitiatur*, e non è una penalità che venga imposta. L'*inutile* è l'eccesso oltre i nove anni; inutile perchè si ha per non esistente riguardo ai terzi. La dizione — *non aver effetto* — si applica di tutta la sua forza *alla materia soggetta alla trascrizione* (1).

Non è dunque una riduzione quella che deve farsi: ma dicesi semplicemente che il contratto di locazione, benchè di data certa anteriore, non ha verun effetto in quanto eccede il termine di nove anni.

E la formola si offre opportuna anche a sciogliere una difficoltà levatasi intorno alla legge del 1855. Qual metodo, dicevano, dovrà tenersi per calcolare la riduzione? Facciamo il caso. Si ha un'affittanza costituita per 18 anni che non è mai stata trascritta. Sono passati 9 anni al momento della trascrizione del precetto esecutivo. Una opinione vorrebbe far credere che i locatari hanno diritto di continuare la locazione per gli altri nove anni, poichè sebbene non trascritta la locazione, qua-

(1) È una specialità che vi abbia un atto o contratto che non essendo soggetto alla trascrizione che in ragione del tempo della sua durata, resista tuttavia in quella parte che sfugge alla trascrizione. L'art. 1942 nella sua generalità usava una espressione assai precisa, mentre la relazione che inchiude non e, come a me sembra, relazione *di tempo* ma *di causa*; e mostra che niuna virtù può fluire da quell'atto dannoso all'interesse dei terzi.

dunque compratore (1) deve sapere cho quando si trovasse stabilita una locazione per nove anni, egli dovrebbe sopportarla. Abbiamo detto che la nostra formola risponde al dubbio, e prova l'esattezza del nostro precedente discorso. Noi prendiamo il contratto dalla sua origine, lo riteniamo efficace per soli nove anni di fronte ai terzi che trascrivono il loro acquisto. Se i nove anni sono già passati al momento della trascrizione del precetto, non esiste più affitto, poichè da quel momento era cominciato l'obbligo di trascrivere la locazione che già sormontava il termine in cui è circoscritta la libera disponibilità del locatario.

Articolo 660.

L'opposizione al precetto deve proporsi nel termine di giorni trenta dalla notificazione di esso, con citazione davanti il tribunale competente, a norma dell'articolo 662, e nei casi indicati nel capoverso secondo dell'articolo 570 davanti l'autorità giudiziaria competente, a norma dello stesso capoverso.

Quando l'opposizione sia rigettata, il pagamento richiesto col precetto deve farsi nel termine in esso stabilito, se questo non scada prima di giorni dieci dalla notificazione della sentenza che rigettò l'opposizione; se il termine scada prima, il pagamento deve eseguirsi nel termine di giorni dieci dalla notificazione della detta sentenza.

L'opposizione al precetto proposta dopo la scadenza del termine sopra stabilito non sospende la esecuzione, salvo che l'autorità giudiziaria stimi di ordinarne la sospensione per gravi cause.

Annotazioni.

1. *Sulla competenza.*

Il limite segnato al *diritto di opposizione* dalla natura del proprio oggetto non varia per la qualità dell'esecuzione; onde ho fede di aver detto quanto basta al modesto mio còmpito, esaminando l'articolo 579 e altrove. Si noterà soltanto, come canone generale, che l'opposizione non può risalire sino a rimettere in discussione le ragioni di merito onde nacque il titolo esecutivo: la sentenza, che presumiamo in istato di cosa giudicata, o almeno di eseguibilità. Se il titolo esecutivo non è che un *atto contrattuale*, la opposizione al precetto, come si disse, può avere una portata maggiore e spingersi sino ad eccezioni radicali di titolo (*V.* le ANNOTAZIONI dell'art. 570, ecc.). Fuori di quest'ordine speciale, la opposizione si manifesta sul campo del *diritto di esecuzione* o sulle *ragioni della forma;* se la sentenza non è eseguibile, se non è eseguibile per quella somma, se il titolo non è autentico, se il precetto non è regolare, ecc.

Il notato duplice oggetto dell'opposizione è nel nostro articolo raffigurato in certo modo dal punto di vista della competenza. Ogni questione che non si agita che sulla forma, è portata alla cognizione del *tribunale civile del luogo in cui si fa la esecuzione* (articolo 662). Anche le controversie sul merito dell'esecuzione sono dello stesso tribunale, semprechè *non si tratti di esecuzione di atti contrattuali* di tale carattere, che nell'ordine della competenza siano sottoposti alla cognizione del tribunale di commercio (art. 570). L'elemento preponderante della competenza, in fatto di esecuzione, è la territorialità (*locus*); e purchè l'oggetto della cognizione sia contenuto nella giurisdizione abituale del magistrato, si preferisce il magistrato locale ad ogni altro, che per forza di regole generali si reputasse competente. Altro è se esso non è competente *per materia:* ed è allora che può sorger una vera questione principale e di fondo avanti il tribunale di commercio, giusta le avvertenze fatte al citato articolo 570.

2. *Se il termine dei trenta giorni sia perentorio*, parve una questione e si dubitò (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. I, p. 422). « Si potrebbe chiedere (dicesi alla pagina citata) se, trascorso quel termine, non si possa

(1) Del compratore parlava Duclos al Corpo legislativo chiedendo una soluzione che non fu data (Troplong e Mourlon, *Comm. alla Legge del* 1855). Ma lo stesso vale per qualunque acquisto venga a realizzarsi colla trascrizione.

« più proporre alcuna opposizione, sia che questa riguardi il merito, sia la forma dell'atto « d'ingiunzione ». Si rammenta che la corte di Chambéry, con sentenza del 19 dicembre 1857, decise che la nullità dell'atto di comando, per difetto di elezione di domicilio, poteva esser opposta anche dopo la scadenza dei trenta giorni: e che « il termine dei trenta giorni, a « datar dal comando, non si applica che alle « opposizioni ed eccezioni *che concernono il « merito della domanda, non già quelle fon« date sulla irregolarità del comando stesso* « considerato come atto giuridico ». La dottrina della corte di Chambéry, dopo alcune distinzioni, di cui ora verrò parlando, è riassunta in queste parole: « Ond'è che quando il « legislatore ha parlato di opposizione al co« mando, pare che abbia imposto il termine « di quelle opposizioni che *concernono la so« stanza dell'atto di comando* come ingiunzione « di pagamento, e non quelle che consistono « in eccezioni *fondate sulla nullità dell'atto, « sull'estinzione del credito* » (Ivi, pag. 422, in fine).

Il precetto, quale ingiunzione di pagamento e nello stesso tempo quale atto primo e fondamentale della esecuzione immobiliare, può essere attaccato con eccezioni di diversa natura; eccezioni perentorie o no, eccezioni quanto al modo o quanto al tempo dell'azione; di forma o di sostanza; ma non sarebbe agevole dimostrare che eccezioni di un cert'ordine devono prodursi nel termine di trenta giorni, o altre di un altr'ordine possano in qualunque tempo prodursi. Tale questione non era propriamente di *prorogabilità del termine*, ma di comprensione in quel disposto ove si parlava di *opposizione all'atto di comando* a termine fisso. I codici anteriori non si erano spiegati sulla perentorietà di questo termine, alla scadenza del quale però non era annessa sanzione di decadenza. Ma sino dalle prime discussioni che avvennero su quest'articolo nel parlamento piemontese, fu come inteso che trattavasi non di un termine perentorio, ma *prorogabile*, nel modo per altro in cui la legge permette di prorogare un termine, come ora s'insegna nell'articolo 47. Si veniva a dire con ciò, che ogni sorta d'eccezione si era voluta comprendere nel termine stabilito, ma esso termine poteva anche prolungarsi con proroga regolare; fuori di questo, la opposizione non avrebbe potuto più farsi se non tenesse a prova scritta di pagamento o totale o parziale: eccezione sulla quale non si chiudono le porte mai in qualunque punto del processo.

Cotali ambagi furono tolte col nostro articolo, in cui si dichiara che l'opposizione può proporsi anche *dopo i trenta giorni*, con questo solo che dopo il termine è privata dell'effetto sospensivo che ottiene altrimenti. Ma il giudice può anche ordinare la sospensione de procedimento *per cause gravi*.

Cause gravi intendiamo quelle che possono avere una seria influenza sulla esecuzione, in guisa da poterla anche annullare, onde la prudenza addita al magistrato di risparmiare inutili dispendi.

Tuttavia non può ammettersi che, dopo i trenta giorni, l'opposizione al precetto in ogni momento sia possibile; dal caso in fuori, come si diceva or ora, della eccezione di pagamento.

Cercando questo punto oltre il quale l'opposizione al precetto non è più ammissibile, noi crediamo di trovarlo in quel giudicato che implica la sanzione degli atti precedenti e instaura una nuova serie di operazioni giudiziarie che non possono più ritirarsi alle questioni iniziali del processo. Tal è la sentenza di vendita. Sino alla sentenza di vendita il debitore potrà sostenere il combattimento contro gli atti primordiali della esecuzione; ma quel giudicato farà impedimento alle disputazioni che riguardassero gli atti anteriori alla sua pronuncia.

Articolo 661.

Quando prima della vendita un altro creditore notifichi il precetto per agire sugli stessi beni immobili, il conservatore delle ipoteche nel trascriverlo fa menzione del precetto già trascritto, ma il secondo creditore non può proseguire gli atti per la spropriazione.

Se il secondo precetto comprenda maggiore quantità di beni, il primo creditore deve comprenderli tutti nella spropriazione; e quando sorgano contestazioni tra i due creditori, il tribunale che ha pronunziata la prima sentenza di spropriazione decide quale dei due debba proseguire la spropriazione di tutti i beni compresi in essa.

Annotazioni.

1. Provvede la legge francese del 1841 che *una sola trascrizione* sia esoguita nell'ufficio delle ipoteche; al conservatore è vietato di prender trascrizione del secondo pignoramento, coll'obbligo però di certificare sull'originale dell'atto l'ora, il giorno e il mese della presentazione (art. 679). Parve a quei legislatori che la duplice formalità ipotecaria importasse duplice esecuzione, e presagisse, a così dire, un duplice processo che si voleva assolutamente evitare. Nella nostra legge è stata meglio intesa la formalità della trascrizione; meglio ancora furono ponderate le consegnenze possibili di due o più esecuzioni immobiliari. La seconda trascrizione, coll'annotamento della prima, serve alla plenezza della pubblicità, nè lede punto le prerogative del pegno anteriore. V'ha di più. Se questo è annullato, subentra di ragione il secondo, intorno al quale viene a formarsi quella stessa posizione giuridica che al primo apparteneva.

2. Dal *capoverso* ben si scorge che la preoccupazione della legge in tutto questo è l'*unità del procedimento*. Il primo creditore si reca in mano tutta la causa esecutiva, e spinge gli atti e nell'interesse proprio e nell'interesse dell'altro creditore che ha abbracciato nel suo precetto *maggiori quantità di beni*. Il secondo creditore avrà imparato dall'uffizio delle ipoteche l'esistenza della esecuzione anteriore. Avrà visto che gli conveniva cedere la parte attiva del giudizio a chi lo ha preceduto. Inabilitato a muover passo nel procedimento, dovrà legare a sè, per modo di dire, il suo predecessore, notificandogli il proprio precetto e l'annotamento di trascrizione, con intimazione di proseguire gli atti anche in conto suo.

Nel primo periodo del testo la regola è stabilita, la prevalenza dell'azione sta a favore del primo oppignorante (1): eppure la legge dubita di se stessa. Prevede una controversia sul diritto di proseguire la spropriazione. Invece di farci capire in che potrà consistere la controversia, dopo aver così posta in sodo la regola, si occupa della giurisdizione, e la riconosce *nel tribunale che ha pronunziato la prima sentenza di spropriazione.*

Questo tribunale qual è? S'intende il tribunale civile del luogo ove si è impresa in origine la esecuzione, quello indicato nel seguente 662. La sentenza di spropriazione non è altro che la sentenza che autorizza la vendita (art. 666). Sta bene, ma la controversia potrebbe sorgere, anzi, si deve credere, sorgerà prima di quel tempo; l'urto dei creditori si manifesterà d'ordinario nei primi atti del giudizio. A qual tribunale si porterà la controversia? Bisogna supplire a questa legge del tutto nuova, lodevole per aver preveduta la combinazione, non matura abbastanza forse perchè nuova.

Al supposto che facciamo non esser ancor nata *sentenza di spropriazione* nel qual caso la giurisdizione è fissata, s'aggiunga l'altro che i beni siano situati *in diverse giurisdizioni*. La legge prevede anche questo nell'art. 662, capoverso in fine. Ma ciò che non prevede si è, che la giacenza dei beni da subastarsi in luoghi e giurisdizioni diverse derivi dall'accumularsi delle materie dei due pegni, e da quella unione un poco forzata a cui sono costretti. La giurisdizione dovrebbe determinarsi nel tribunale civile del luogo ov'esiste la *maggior parte dei beni;* e questa maggior parte potrebb'essere quella della seconda esecuzione. Può anche supporsi che l'immobile appreso nella prima sia della più tenue entità. Malgrado ciò, il primo creditore che non aveva ad intraprendere che una procedura semplice, breve e di piccol costo, è da questa combinazione obbligato a sostenerne una vasta, dispendiosa, e lunga per ingrato privilegio d'anteriorità. Più. Dovrà abbandonare il magistrato più prossimo e comodo, e portarsi là dove giacciono i fondi sparsi e moltiplici sui quali per avventura non ha nè diritto, nè interesse.

Per non dare a un ordinamento di convenienza una piega assurda, si dovrà cominciare dall'attribuire a questo creditore la facoltà di rinunciare al poco invidiabile beneficio di sostenere la procedura anche per conto altrui.

(1) Darò conto di questa locuzione che qualche volta vengo adoperando. Noi abbiamo abolito il *pignoramento* degli stabili; abbiamo abolito cioè quella passeggiata dell'usciere attraverso i fondi, dopo la quale scriveva in un lungo verbale di averli consegnati alla giustizia, con intimazioni e ingiunzioni agli affittuari, coloni, ecc. Noi esordiamo dal precetto al debitore. Il precetto sostituisce il pignoramento scenico, il possesso più o meno simbolico dell'usciere. È un mezzo più semplice; ma per esso si effettua non meno efficacemente il *pegno dell'immobile*. Il creditore è sempre l'oppignorante, il debitore l'oppignorato; e questi vocaboli possono con non minore proprietà usarsi.

L'oggetto della legge si è, che se ne faccia una sola, oggetto economico innanzi a tutto: e se l'interesse del primo creditore fosse troppo piccolo, e la sua esecuzione di troppo lieve somma, perchè non gli sarebbe concesso di liberarsi dal carico della procedura, girandola al socio che vi porta un interesse di tanto maggiore? (2). In materia come questa non si devono pensare discipline eccessivamente severe, e io credo che molto vi possa l'equo e prudente arbitrio del giudice. È anche lecito di ritenere che un'idea consimile sia adombrata nel secondo periodo del testo, che antivede una contestazione fra i concreditori sul diritto di *proseguire la espropriazione*.

La prima osservazione adunque che noi proponiamo, per conciliare la legge colla ragione, è questa: considerato il diritto di prosecuzione siccome un onere, e quindi rinunciato, si trova giusto commetterla a colui che ha un interesse superiore e alla gravità del giudizio proporzionato, benchè secondo, in ordine di tempo, sul campo dell'esecuzione.

Oltre di ciò guardiamo se le esecuzioni si possano ragionevolmente riunire per fare un solo processo, o se, nonostante il modo di esprimersi della legge che sembra volere delle due o più esecuzioni cadute sulle cose stesse farne sempre una sola, si debba in diverse contingenze concludere che le esecuzioni furono distinte e moltiplici.

Tizio ha messo sotto pegno, mediante il precetto che ha notificato al debitore Caio, una tenuta posta nel territorio *A*, una seconda, posta nel territorio *B*, una terza posta nel territorio *C*. Venuto all'ufficio per farne la trascrizione, trova che Sempronio, piccolo creditore di Caio, ha messo sotto esecuzione un fondo di pochi arpenti, che fa parte della tenuta *A*.

Si domanda se il conservatore deve trascriverle tutte codeste esecuzioni; e ciò è letterale nella prima parte dell'articolo 661. Ma sarà applicabile alla lettera quest'articolo nell'altra parte che riguarda il diritto della procedura esecutiva? E invero ripugna il sostenere che il secondo pignorante, in tanta ampiezza della sua esecuzione, debba cedere al primo il diritto di continuare da solo la procedura, a fronte di due inconvenienti abbastanza visibili; l'uno costringere il piccolo creditore a sostenere tutta la spesa o la responsabilità degli atti esecutivi; l'altro escludere o ridurre alla condizione di semplice assistente colui che ha il massimo interesse, che possiede i documenti necessari, ecc.

Perchè mai codeste esecuzioni, che appaiono così distinte, che supponiamo non essere eccessive in confronto del credito ipotecario di Tizio, non potranno camminare pure distinte? perchè così determinate nel loro oggetto, dovrebbero confondersi ed essere attratte da quella che nel realizzarsi le ha bensì precedute, ma non cade che sopra una frazione minima nel complesso immobiliare oppignorato?

Osservazioni generali. — Io vorrei, se mi fosse lecito, dedurne qualche osservazione generale che valesse una specie di teoria in una materia tanto imbarazzata per se stessa; che, dopo i nuovi studi, non è uscita molto più chiara di prima.

Libertà data al creditore di valersi senza restrizione sui beni del debitore con tutti i mezzi legali di esecuzione; tale *è il principio generale consacrato dall'accordo* degli articoli 1948 e 2078 del Codice civile, e 567 del Codice di procedura.

Modificazioni: 1° diritto di riduzione guarentito in genere dall'indicato articolo 567, riguardante la moltiplicità dei mezzi di esecuzione: 2° obbligo del creditore ipotecario di premettere la escussione dei fondi ipotecati, impostogli dall'articolo 2080 del Codice civile; 3° diritto di riduzione, relativo all'eccesso di esecuzione sugli stabili, opponibile al creditore che non ha ipoteca (art. 2088 del detto Codice.

Queste regole spettano piuttosto al *diritto di esecuzione* che alla modalità e forma, ossia al procedimento.

In Francia esiste un'altra legge restrittiva, ed è che la « vendita forzata di beni stabili esistenti in diversi distretti o circondari (*arrondissements*) non può effettuarsi simultaneamente, e non si potrebbe che *successivamente*, salvochè non costituissero *una sola coltivazione* » (*exploitation*) (1). Questa disposizione è generale; forisce tanto le esecuzioni degli immobili con ipoteca, quanto senza; il che è ritenuto da tutti gli illustratori di questo titolo del Codice (Tarrible, t. II, p. 189; Troplong, *De l'expropriation forcée*, art. 2210, n. 25).

(1) Tizio ha oppignorato tre ettari di terra a pregiudizio di Cajo. Sempronio, creditore d'ingenti somme, involge nella sua esecuzione anche i tre ettari, ma la estende sopra un vasto tenimento di cui quella misura è una frazione minima.

(2) Si osservi che quella legge non proibisce la esecuzione o pignoramento, *ma la vendita forzata simultanea*.

Mentre adunque il creditore poteva colpire di esecuzione tutti gli immobili soggetti alla sua ipoteca *in diversi distretti* (1), non poteva esporli in vendita che l'un dopo l'altro (*successivement*); quantunque potesse risultare abbastanza chiaramente che i debiti non verrebbero soddisfatti che colla vendita di tutti, e forse al bisogno sarebbero scarsi. Legge iniqua che nulla giovando al debitore, trascinava i creditori ipotecari in procedure interminabili; legge che fortunatamente non venne imitata. Nella nostra legislazione invece si vede adottato il contrario sistema; il creditere ipotecario può abbracciare nella sua esecuzione tutti i fondi che la sua ipoteca percuote, eziandio situati in vari e forse lontani territori.

Una modificazione c'è nonostante; ma cade piuttosto sul *modo della procedura*, come di sopra si diceva; si vuol fare delle varie procedure un fascio, e portarle tutte ad abbruciare, se mi è concessa la espressione, in un sol rogo. Ho premesso delle avvertenze per mostrare che questo canone, desunto dal capoverso del nostro articolo 662, non è d'una generalità troppo assoluta. E finisco col richiamare l'attenzione al disordine che sarebbe per derivare dalla soverchia concentrazione delle varie procedure esecutive.

Basterà una ipotesi per far tacere la controversia. *A.*, creditore ipotecario di *B.*, oppignora contemporaneamente tre grandi possedimenti; uno situato nel circondario del tribunale di Messina, un altro nel circondario del tribunale di Pisa, un terzo nel circondario del tribunale di Como, tutti soggetti alla sua ipoteca. Provatevi a concentrare in uno di questi circondari le tre esecuzioni, e affidare il giudizio ad un solo dei tre tribunali, a vostra scelta. Fate il supposto del nostro articolo; che vi sia precedenza di esecuzione a favore di *C.*, piccolo creditore che non apprese che poche linee di terra sulla tenuta di Como; e ditemi se *C. dovrà*, come sembra volere l'articolo, o *potrà*, come vuole la ragione, *comprenderli tutti nella sua sproprìazione*. Ne segue che per forza delle cose, e a non confondere tutti gli ordini della giurisdizione; le procedure si svolgeranno distinte nelle varie loro orbite, da tanto cielo divise. *L'azione di sproprìazione forzata e reale*, ha detto Tarrible che fu ingegno assai potente « *réelle par sa* « *nature; réelle* encore par sa combination nécessaire avec la purgation des hypothèques « qui sont un droit purement réel. Ce motif « seul suffirait *pour en attribuer la compétence* « *au tribunal du lieu où l'immeuble est situé* » (tom. II, pag. 189). Io non so concepire niente di più assurdo quanto il tribunale di Como dovesse presiedere alla sproprìazione di fondi situati nel territorio di Messina.

§ 2.

Del procedimento per l'incanto.

Articolo 662.

Il creditore, scaduto il termine di giorni trenta stabilito dall'articolo 660, può promuovere la vendita dei beni immobili del debitore indicati nel precetto.

Il giudizio deve istituirsi davanti il tribunale civile nella cui giurisdizione sono situati i beni qalunque sia il valore della causa e qualunque sia l'autorità che pronunziò la sentenza; e se i beni siano situati in diverse giurisdizioni, davanti quello nella giurisdizione del quale si trovi la parte maggiore, avuto riguardo all'importare del tributo diretto verso lo Stato.

Annotazioni.

1. L'assegnazione di questo termine è subordinata al disposto dell'articolo 660, che l'opposizione riesca vittoriosa, o sia rigettata (2).

2. Quest'articolo è chiarissimo nel determinare l'*unità del procedimento*, deducendosi la competenza dalla *maggior parte dei beni* si-

(1) Espressione del testo della traduzione italiana.

(2) Secondo la legislazione romana, se il debitore non reluiva il pegno fra due mesi, il pretore faceva vendere l'immobile all'asta, o lo aggiudicava al creditore (Walter, *Histoire de la procédure civile chez les romains*).

tuati in diverse giurisdizioni. Io però resto fermo nelle considerazioni fatte sopra l'articolo 661, e dico potersi modificare questa legge nelle sue applicazioni per evitare gli assurdi segnalati in quelle Annotazioni (in fine).

3. Non si cita che il debitore, e con esso i creditori che avessero fatto esecuzione sugli stessi beni.

Articolo 663.

Il creditore deve o fare innanzi tutto istanza per la nomina di un perito per procedere alla stima dei beni, o fare nell'atto di citazione di cui nell'articolo 665 l'offerta di un prezzo non minore

Di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni, dei quali il debitore abbia la piena proprietà;

Di trenta volte il tributo stesso, se si tratti di beni sui quali il debitore abbia soltanto la nuda proprietà, o diritto di usufrutto;

Di sei decimi del capitale corrispondente all'annuo canone, secondo le norme dell'articolo 1564 del Codice civile, se si tratti di beni concessi in enfiteusi, e dei quali il debitore abbia il dominio diretto.

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Una base d'offerta per parte del creditore oppignorante fu ritenuta pure in Francia, nell'articolo 690 della legge del 1841, in ciò corrispondente all'articolo 697 del Codice del 1807. Fu detta una *mise à prix*, non regolata da alcuna misura legale. Era una estimazione provvisoria fatta dal creditore sulla quale nascevano i rincari degli oblatori all'incanto. Essa fissava il *minimum* del prezzo. Si credette innocua tale facoltà lasciata al creditore; perchè se bassa era la stima, le offerte pubbliche la farebbero montare al suo giusto livello; se troppo elevata, egli arrischiava di diventarne l'aggiudicatario (art. 706). Ciò spiega come la discossione nata sul vecchio articolo 697 non toccasse neppure di volo quella condizione.

Nei due sistemi del 1854 e del 1859 la procedura piemontese adottò l'alternativa dell'*aggiudicazione* o della *subastazione*; e fu d'uopo apporvi basi diverse di prezzo. All'*aggiudicazione* era norma la stima reale fatta da un perito giudiziale; nucleo del prezzo di subastazione fu l'offerta, divisata, come si direbbe, all'ingrosso e senza distinzione di sorta; *nella offerta di un prezzo non minore di cento volte il tributo diretto verso lo Stato* (art. 793). Ovvero, se più gli convenisse, poteva il creditore offrire i tre quarti del prezzo di una perizia da farsi a sue spese (articolo 795). Il creditore stesso poteva essere per quel prezzo dichiarato aggiudicatario, non presentandosi nell'atto d'incanto offerte maggiori.

2. Tale era il sistema. Tolto via il *diritto dell'aggiudicazione* a favore del creditore oppignorante, serbato il solo ordine della vendita per asta pubblica, il creditore può essere dichiarato deliberatario per il prezzo d'offerta (art. 675); e in questa parte non si va molto lontani dai sistemi anteriori. Ciò che è stato regolato con studiose distinzioni è l'elemento del prezzo d'offerta.

La proprietà è stata valutata ne' suoi tre stati: *a) piena; b)* divisa dall'usufrutto o del solo usufrutto; c) divisa in due parti, che chiamiamo ancora *dominii*, o enfiteutico o diretto.

Intorno a quest'ultimo diritto mi sia permessa una breve digressione, che stimo non inutile.

Il Codice italiano ha dato luogo nominatamente all'*enfiteusi*, a questo contratto la cui accettazione, nel Codice Napoleone, parve un problema; odioso per rimembranze feudali, non fu nominato; ma nell'atto fu trovato migliore della sua fama, più consentaneo di quello che si credeva a buone ed utili transazioni sociali. Si ritenne adunque dal più degli autori in certo modo raffigurato dal contratto *di rendita perpetua*, e soggetto alle stesse leggi risolutive. Intanto, cadute le leggi napoleoniche, in piena ristaurazione universale, la enfiteusi regnò in Italia sotto tutte le forme, dalle più complesse alle più semplici. Il Codice albertino dell'anno 1837 non ne fece motto; ma dietro quello stavano le leggi di Carlo Felice del 1827, che consacravano la feudalità più orgogliosa, in mezzo a cui sorgeva la enfiteusi, rattemperata alquanto e distinta con caratteri civili. Onde l'enfiteusi in Piemonte apparve meno arruffata che in altri Stati italiani non fosse. Ma non ne fu nulla sino alla celebre legge del 13 luglio 1857, che fece largo all'affranca-

zione. Le oscillazioni dei legislatori sembrano ora fissate. L'enfiteusi riceve nel nostro Codice il battesimo dei coatratti civili. L'articolo 1556 si è dato cura di definirlo. Bisogna convenire ch'esso ha molto perduto della sua primitiva natura; e come spediente industriale ed agrario, ha poca o niuna importanza. È vero che l'art. 1556, per distinguerla dalla semplice costituzione di rendita, gl'imprime il carattere di contratto *ad meliorandum;* ma sono parole. Lo scopo di un grande miglioramento, mediante questa combinazione, non può raggiungersi che colla irredimibilità. Un possessore di un latifondo inculto può cederlo per tenuissimo canone all'industria di un proletario quando sa che potrà mantenere sopr'esso in perpetuo il suo diritto di dominio che si sviluppa di poi in tanti risultati eventuali di laudemi, ricognizioni onerose, devoluzioni; ma sotto la pressione continua dell'affrancazione non si disporrà mai a privarsi delle proprie risorse e rendere altrui i benefizi della coltivazione. Ciò dico non quasi a rimpiangere il passato, ma unicamente per dire che l'enfiteusi è una istituzione che ha pressochè finito il suo tempo. Del resto, gioverà sempre che ogni proprietario cerchi di lavorare da sè i propri terreni, o di farli fruttare per mezzo d'affittanze o di altri contratti più sciolti da impacci, da misture di domini, più semplici e, per dir così, più naturali.

In questa specie di ricreazione dell'enfiteusi essa ricompare con un abito, si direbbe, più moderno; si appalesa la sua mobilità ed attitudine commerciale; ammette ogni patto purchè non impedisca il suo libero movimento o la sua redimibilità; la ricognizione ventinovennale è ordinata a pura ricognizione del *diritto* di chi si trova in possesso dell'enfiteusi (articolo 1563) a *prova*, a conferma del titolo, ad interrompere qualunque prescrizione, non ad ossequio di dominio. Sono ammessi i laudemi o periodici o di passaggio; ma è rimarchevole, per quanto si argomenta dall'articolo 1564, che i *diritti eventuali*, a differenza delle altre leggi di affrancazione, non sono considerati nella costituzione del prezzo di riscatto; se però le prestazioni fossero periodiche e fisse, dovrebbero valutarsi come aumento del canone (1).

3. Dopo queste avvertenze ritorno all'*offerta dei sei decimi del capitale corrispondente al l'annuo canone*, che per me è una conferma di quanto sono venuto osservando sull'intelligenza del citato articolo 1564 del Codice civile. In genere, *sulla misura dell'offerta minore di tanto del valore reale*, basterà ripetere ch'essa non rappresenta che un primordio del prezzo, il *minimum* che, secondo ogni probabilità, dovrà essere superato dal prezzo d'incanto. Rispetto all'*usufrutto*, la misura dell'offerta, com'è stabilita, *di trenta volte il tributo prediale dello Stato* (2), potrebb'essere la più proporzionata; l'usufrutto, per esempio, potrebbe anch'essere al termine: qualche vecchia esistenza che sta sul finire. Non importa: la legge non può procedere che a grandi tratti, non può tener conto delle circostanze particolari. *L'offerta è sempre facoltativa.* Se il creditore vi travede un pericolo, *può sempre preferire la perizia*, giusta l'alternativa che gli è proposta nelle prime parole dell'articolo 663.

Sin qui la legge si giustifica da sè. Potrebbe restar dubbio come un diritto non materiale ma intellettuale, qual è un *dominio diretto*, sia da subastarsi col metodo della procedura immobiliare. Lasciando anche da parte la nozione dell'articolo 413, capoverso 1° del Codice civile (3), la ragione della legge è posta in evidenza dalla capacità che ha *il diritto del concedente* di essere sottoposto ad ipoteca articolo 1967, n. 3 del suddetto Codice; onde essa acquista forma materiale, se il dire è esatto, dallo stesso immobile su cui risiede (diritto immobiliare); il precetto lo enuncierà coi suoi confini; seguirà la trascrizione; i canoni si vedranno immobilizzati nelle mani dell'enfiteuta; il prezzo ne sarà distribuito ai creditori iscritti.

Non si tarda a scorgere che l'acquisto che se ne farà all'asta, può essere di due maniere; *estintivo* o *traslativo*. L'enfiteuta, creditore ipotecario o non ipotecario del concedente, oppignora il dominio diretto; in ciò non si vede difficoltà. Avrebbe potuto redimere il proprio fondo coi mezzi legali; ma o gli è mancato il danaro, o il diretto è imbarazzato d'ipoteche, o avendo egli stesso dei crediti ipotecari, prevalenti, ha stimato meglio di espropriarlo e mandarlo all'asta. Se egli si decide

(1) Sentenza della corte di cassazione di Torino nella causa Balducci – Servanzi-Collio, genn. 1857, relazione Borsari.

(2) Cioè senza calcolare gli altri pesi prediali, comunali, provinciali, e via di seguito.

(3) Perchè si è pur veduto qualche volta che la nozione generale delle cose mobili ed immobili non risponde sempre esattamente alle leggi della espropriazione forzata.

a far l'offerta dei tre decimi, se il diritto rimane a lui aggiudicato, il riscatto è operato a mercato assai vantaggioso. Più di sovente sarà un terzo, creditore del direttario, che ha proceduto all'esecuzione; e allora l'esecuzione assumerà insieme il carattere di *sequestro sull'enfiteuta* che sarà citato per l'interesse che vi ha, e diventerà sequestratario giudiziale dei canoni dal momento della trascrizione, che sarà a lui pure intimata. Questa combinazione non è mentovata dalla legge ma è implicita nel suo stesso organamento. La delibera o l'aggiudicazione trasporterà il diritto nell'acquirente; l'enfiteusi starà, e solo il dominio diretto avrà cangiato il suo soggetto giuridico.

Il nostro articolo non si occupa dell'inverso *della esecuzione caduta sul dominio utile*. Ma cos'è la esecuzione del dominio utile, se non la esecuzione sopra un fondo soggetto ad enfiteusi? Il *corpo* adunque, il fondo stesso, *venit in pignore*; e l'essere sottoposto a un diretto si risolve in una questione di valore. La perizia mostrerà, che dovendosi prelevare sopra mille un canone di lire quaranta, l'utile dominio, ossia il prezzo del fondo, non sarà che di lire dugento. L'offerta verrà regolata su questo medesimo calcolo. Presa per base la ragione stabilita nel primo capoverso, detratto l'importo del canone, l'offerta sarà ragguagliata sull'avanzo che rappresenta il dominio utile.

Articolo 664.

L'istanza per la nomina di un perito è fatta al presidente, ed inserita per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari.

Il presidente, decorsi giorni dieci dalla inserzione, nomina il perito senza necessità di sentire il debitore.

Il giuramento del perito può essere prestato nell'atto della presentazione della relazione al presidente, o al pretore all'uopo delegato. La relazione del perito è depositata nella cancelleria.

Non si fa luogo a reclamo contro la relazione di perizia per quanto riguarda il valore.

Finchè il perito non sia stato nominato, qualunque creditore iscritto può impedirne la nomina, facendo l'offerta di cui nell'articolo precedente, con atto sottoscritto da procuratore munito di mandato speciale per quest'oggetto, o da esso offerente, depositato nella cancelleria del tribunale.

Annotazioni.

1. La stima del fondo per mezzo di perito, come si fece osservare nell'esame del precedente articolo, *non è necessaria* (1). Essa ha luogo solamente allora che non piaccia al creditore di fare la sua offerta preliminare. Or bene; questa medesima facoltà è attribuita ad *ogni creditore iscritto*. L'ultimo capoverso del l'articolo 664 lo dice espressamente; e si vede che la legge predilige questo metodo perchè più economico. Il creditore iscritto offerente è dal canto suo tenuto ad acquistare il fondo nella ipotesi dell'articolo 675.

2. Il presidente nomina il perito (un solo perito) per istanza stragiudiziale del creditore procedente, senza chiamata di alcuno, senza contraddizione.

3. Contro la relazione non si dà reclamo *per quanto riguarda il valore*. Questa singolare disposizione non può intendersi che dell'*apprezzamento o valutazione* della cosa in se stessa, ossia della *qualità*, indipendentemente dalle sue affezioni, da' suoi carichi, e altresì dagli errori di quantità in cui il perito fosse incorso.

E quali sarebbero i contraddittori legittimi? Il debitore principalmente. Ma egli non è neppure inteso! Non è inteso sulla nomina del perito, che è liberissima al presidente, non è inteso perchè è commesso all'ufficio del giudice supplire coll'ordinamento della perizia al difetto della offerta: difetto giustificato abbastanza dalla domanda del creditore che ha diritto insieme e dovere di farla. Ninno degli interessati è inteso perchè il perito non può

(1) Vedi però appresso l'articolo 666. La perizia sarebbe anche necessaria se il creditore non potesse adempire all'offerta per mancanza di censo estimativo; ciò era specialmente prescritto nell'art. 791 del cessato Codice, pel quale le offerte del creditore erano obbligatorie.

essere ricusato; e non può essere ricusato perchè il perito non è organo in questo caso a dichiarare i diritti e le ragioni delle parti litiganti, e non fa che porgere alla vendita giudiziale un dato di valore sul quale aprire il concorso degli oblatori. Finalmente si tratta di una procedura compendiosa, ridotta al rito più semplice e necessario; ma un pregiudizio vero e reale non può tollerarsi.

Gli errori di fatto insinuati nella perizia non potranno che condurre in inganno i terzi; non si può permettere. Il reclamo si porterà allo stesso presidente, in via stragiudiziale; il presidente potrà far correggere gli errori. Solamente al suo niego ingiusto, potrà farsi luogo ad un incidente contraddittorio avanti il tribunale, citato il creditore pignorante.

Articolo 665.

Per promuovere la vendita, il creditore fa citare il debitore davanti il tribunale in via sommaria.

L'atto di citazione deve contenere:

1° La designazione precisa dei beni immobili da vendersi;

2° L'offerta del prezzo fatta dal creditore istante, o la indicazione dell'offerta fatta da altro creditore, o del valore di stima, a norma degli art. 663 e 664;

3° Le condizioni della vendita;

4° L'offerta della comunicazione mediante deposito nella cancelleria

Del titolo in forma esecutiva, in forza del quale si procede;

Dell'originale del precetto, di cui nell'articolo 659;

Dell'estratto di catasto o delle mappe censuarie degl'immobili sopra i quali si procede all'esecuzione, o, in mancanza di pubblici registri, di un certificato dell'autorità municipale;

Del certificato comprovante l'importare del tributo diretto verso lo Stato, imposto sopra i detti immobili per l'anno in corso, o per il precedente, se si tratti di beni soggetti a questo tributo;

Della relazione di perizia, se questa abbia avuto luogo;

5° Gli altri requisiti prescritti nell'articolo 134, salvo quanto all'elezione di domicilio, o dichiarazione di domicilio o di residenza, il disposto dell'articolo 563.

Annotazioni.

Originale del precetto di cui all'articolo 659, accompagnato dal certificato di trascrizione.

Gli altri requisiti prescritti nell'articolo 134. Intendi: *a*) nomi, cognomi, residenza, domicilio o dimora delle parti; *b*, l'indicazione dell'autorità giudiziaria avanti cui si procede; *c*) il creditore accenna al domicilio eletto nel precetto (articolo 563); e dove non lo avesse eletto, lo elegge o lo dichiara secondo il disposto di quell'articolo.

Articolo 666.

La sentenza che autorizza la vendita deve:

1° Contenere la descrizione dei beni immobili posti in vendita, colle loro qualità e confini, e, possibilmente, coll'indicazione delle servitù e degli altri pesi inerenti.

A quest'effetto il tribunale può nominare preventivamente d'uffizio un perito.

Se siano posti in vendita diritti immobiliari, la sentenza, oltre la descrizione dei beni soggetti a questi diritti, deve contenere la menzione del nome e cognome dei possessori o proprietari dei beni medesimi, e indicare la natura

e le condizioni dei diritti, e la natura, la quantità e il modo della prestazione del canone;

2° Contenere le condizioni della vendita proposte nell'atto di citazione, alle quali il tribunale può fare le variazioni ed aggiunte che creda opportune;

3° Rimettere le parti davanti il presidente perchè stabilisca l'udienza in cui deve farsi l'incanto, entro un termine non minore di giorni quaranta e non maggiore di novanta dalla data dell'ordinanza relativa, e ordinare al cancelliere di formare il bando per la vendita;

4° Dichiarare aperto il giudizio di graduazione sul prezzo per cui saranno venduti i beni, indicando o nominando il giudice delegato all'istruzione;

5° Ordinare ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivale e i documenti giustificativi, nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando.

La sentenza di spropriazione è notificata a norma degli articoli 367 e 385, e per cura del creditore istante annotata in margine della trascrizione del precetto.

Annotazioni.

La sentenza di vendita è una storia ed un programma; espone lo stato dei fatti, impone le principali operazioni da farsi. Poche cose da osservare su questo articolo, che è stato composto con molta diligenza.

1. *Della perizia.*

La *perizia* che il tribunale può ordinare è altra da quella che ordina il presidente, giusta l'articolo 664; ha un oggetto diverso. Per lo più avrà luogo in mancanza dell'altra. E ciò perchè il perito nominato dal presidente, per adempire il debito suo di riferire il valore, deve tener conto ed occuparsi *delle servitù e degli altri pesi inerenti* al fondo. Si è detto, scorrendo il precedente articolo, che una tale perizia può essere impugnata; che lo stesso presidente potrà ingiungerne la riforma. Tuttavia la cosa potrebb'esser passata, e all'udienza in cui devesi pronunciare la vendita, mostrarsi il bisogno che si ha di nominare un perito per chiarire le condizioni giuridiche del fondo; o il tribunale comprenderlo, e quindi *d'ufficio* nominare il perito. Vi sarebbero dunque due perizie; ma quella cui il presente articolo accenna è perizia *di stato*, *non di valore*, e quindi compatibile coll'offerta del creditore (articolo 663): offerta che regolata sul censo prediale, s'intende sempre *senza considerazione dei pesi e servitù inerenti.*

2. *Diritti immobiliari.*

I *diritti immobiliari* sono quelli che, fissati sopra un immobile, non rivestono la forma corporale di esso immobile, e in effetto sono enti di ragione e incorporali, ma che per concetto della legge essendo dal corpo stesso inseparabili, e realizzandosi in esso, hanno attitudine per sopportare altri diritti non meno ideali, come gli ipotecari, ma che nel loro realizzarsi ricadono sul corpo materiale, rappresentato da un valore qualunque. *Ve ne sarebbero di più specie* di codesti *diritti immobiliari* qui genericamente enunciati? Io ne conosco della natura che ho descritto, due soli, quello che la legge appella *diritto del concedente sui beni enfiteutici* (articolo 1967, num. 3 del Codice civile), e l'*usufrutto* (ivi, num. 2). Sarebbe esecuzione vana e senza soggetto *se mancasse la descrizione dei beni* sui quali il diritto s'infigge; è ordinato d'indicare anche il nome del *possessore* o *proprietario*, il che suppone che il possessore o proprietario non sia lo stesso debitore spropriato. E questo accade appunto quando si espropria un dominio diretto e un usufrutto.

Non è così rispetto al *diritto dell'enfiteuta* (articolo suddetto, num. 3). Considerato avere l'enfiteuta *dominio sul suolo*, il diritto enfiteutico non si vende sotto forma di un puro diritto afficiente una sostanza materiale; ma si vende il corpo stesso, perchè questa è la forma sotto cui si appalesa nel mondo esteriore, risultando invece il *dominio diretto* come un'affezione del corpo stesso che si manifesta nella supputazione del valore, secondo le non inopportune distinzioni che abbiamo fatte sull'articolo 663.

Non appartiene al mio argomento l'esaminare come e in qual modo le *rendite sopra lo Stato* siano passibili d'ipoteca: tema grave pei teorici che vorranno discorrerlo coi principii del giure ipotecario. A me basterà dire che costituendo questo diritto un'eccezione nel si-

stema delle ipoteche, la costituisce altresì in quello dell'esecuzione, non potendo ad essa applicarsi l'ordinamento dell'esecuzione immobiliare (1).

3. *Notificazione della sentenza di spropriazione* (ultimo capoverso dell'articolo).

È notificata. A chi? Al debitore: così deve ritenersi; al debitore che fu pure citato. Modo della notificazione, *a norma degli articoli* 367 e 385.

Sembra non esatto il richiamo di questi due articoli, e noi veniamo ad incontrarci in un serio equivoco. Equivoco tanto più grave in quanto lo stesso modo di notificazione è ripetuto quando si tratta del bando (articolo 668, principio).

L'articolo 385 che è scritto per le cause contumaciali, ordina nella sua ultima parte che è la principale, e che sola parla delle sentenze: « Le sentenze e gli altri provvedimenti « sono notificati *personalmente al contumace* « *da un usciere destinato* dall'autorità che li « pronunciò, o che sarà all'uopo richiesta. La « *notificazione altrimenti eseguita è nulla* ». La sanzione di nullità comminata alla trasgressione di questa legge sarebbe reduplicata in quella che è scritta nell'articolo 707, che impone l'osservanza delle prescrizioni ingiunte dall'articolo 666.

Siamo dunque nella più urgente necessità di conoscere chiaramente la volontà del legislatore per non commettere una nullità disastrosa. Se fosse stato richiamato semplicemente il rito dell'articolo 385 nell'ultimo suo periodo, si avrebbe avuto questo risultamento espresso, che, trattandosi di un atto sì interessante quale è la notifica di una sentenza di espropriazione, il legislatore volle essere ben certo che il debitore ne avesse ricevuta la comunicazione personale.

Invece non si sa come poter combinare la disposizione dell'articolo 367 con questa parte almeno dell'articolo 385. Amendue codesti articoli sono complessi, e contengono norme varie di diverso carattere; alcune di esse sembrano ripugnare ad ogni applicazione nel caso presente. La prima parte dell'articolo 367 suppone elezioni di domicilio fatte nell'ingresso del giudizio, ed è coerente allora che le notificazioni della sentenza si eseguiscano allo stesso modo. Poco appresso si aggiunge che, *in mancanza di elezione* o *dichiarazione* (di domicilio), *la notificazione è fatta al procuratore*. Ma è forse obbligato il debitore oppignorato ad avere un procuratore; o il procuratore che già fu nella causa di merito, avrà ancora mandato per ricevere la notificazione di una sentenza di vendita? Se poi ci portiamo all'articolo 385, ivi è un'altra parte che dispone sul modo di notificare *le istanze che si promuovono nel corso del giudizio e le ordinanze d'istruzione* del contumace, e vuole che si faccia *mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria*. La notifica di una sentenza di spropriazione sarebbe pareggiata a quella delle *ordinanze d'istruzione?*

Ma insomma, cosa si volle con questa disposizione tanto speciale? Imporre prescrizioni rigorose e forme più solenni alla notificazione attesa la importanza dell'atto, ovvero mitigare il rigore della forma e renderla più spedita, attesa l'indole di un giudizio esecutivo?

Come si espressero quei Codici ai quali si è surrogato il nostro? Nel regolamento napoletano la vendita era annunciata cogli affissi senza decreto di spropriazione all'uso francese. Il Codice sardo del 1854 ordinava la notificazione della sentenza al debitore, e nulla più, e Scialoia vi apponeva questo schiarimento: « S'intende che questa notificazione « va fatta *nei modi generali stabiliti dalla* « *legge* » (articolo 773, alinea ultimo). L'articolo 796 del Codice del 1859 usava la stessa espressione. Se il nostro non se n'è contentato, ha voluto dunque fare qualcosa di diverso; o ha voluto chiarire un dubbio, e in verità vi è riuscito! se invece dell'articolo 367 non si ebbe in animo di citare piuttosto il 368; l'antinomia è flagrante. Ma c'è di peggio ancora; poichè l'antinomia, presentando disposizioni inconciliabili, permette tuttavolta di adottar l'una e scartar l'altra. E qui neppure; mentre non si saprebbe qual parte si dovesse osservare, *a pena di nullità*, dell'uno o dell'altro degli articoli richiamati. Io ne sono dolente, poichè per queste piccole sviste della redazione (ma gravide, bisogna dirlo, d'inconvenienti nella pratica), si sparge nel concetto di alcuni un discredito generale sul Codice, che è ben lontano dal meritarlo. Quale sarà la conclusione? Avvertite che io non trovo che verun argo-

(1) Nel precedente sistema del Codice civile albertino erano considerate *immobili le piazze di causidici, ulnari ed altre ancora di proprietà privata* (articolo 407), e come tali, capaci d'ipoteca (articolo 2168, num. 4). Vedi Pastore al detto articolo. L'aggiudicazione e spropriazione si otteneva per mezzo d'investitura (Senato del Piemonte, 30 maggio 1842, Pastore, *Dell'espropriazione forzata*, all'articolo 2328 del detto Codice piemontese).

mento ci aiuti per ritenere che il tribunale debba destinare un usciere speciale a quest'effetto; ordinamento che dovrebbe estendersi, non si vede in qual modo, alla notificazione del bando. Ciò sembrami troppo severo, troppo pesante, direi così per un giudizio di esecuzione, mentre poi il debitore impara, per tanti mezzi di pubblicità, la condizione in cui è venuto. Per cui credo tolto ogni pericolo d'incorrere in nullità facendo la notificazione al domicilio reale del debitore, che ad ogni modo supplirebbe con vantaggio quella che potesse farsi a qualche domicilio d'elezione; o nella sostanza le disposizioni dei codici precedenti non sarebbero state mutate.

Articolo 667.

Il bando dev'essere stampato, e indicare:

1° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza del debitore, del creditore e del procuratore di quest'ultimo;

2° La data del precetto notificato al debitore, e della trascrizione di esso all'uffizio delle ipoteche;

3° La data della sentenza che autorizza la vendita, quella della notificazione di essa, e quella dell'annotazione della stessa sentenza fatta in margine della trascrizione del precetto;

4° La descrizione o la indicazione dei beni immobili posti in vendita, a norma dell'articolo precedente;

5° L'importare del tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni soggetti a tributo;

6° L'offerta del prezzo o il valore risultante dalla perizia, e tutte le condizioni della vendita;

7° L'udienza assegnata per l'incanto, e la data dell'ordinanza che la stabili;

8° La somma da depositarsi per le spese da chi voglia offrire all'incanto;

9° L'ordine ai creditori iscritti nella conformità espressa nel numero 5° dell'articolo precedente, coll'indicazione del giudice commesso per la graduazione.

Annotazioni.

1. La *formazione del bando* è incarico del cancelliere. In qualche procedura spetta al creditore che spinge gli atti alla vendita, redigere un *capitolato* che contiene tutti gli estremi del bando (V. Regolamento romano, §§ 1308, 1309). In ogni caso, non è mai il debitore e proprietario che assuma di vendere e proponga le condizioni all'acquirente. Egli subisce l'impero della forza legale. Ho veduto quindi sorgere contestazioni avanti la corte suprema sulla interpretazione restrittiva che dovrebbe darsi alle manifestazioni del bando allorchè qualche disputa nascesse sulle condizioni ivi esposte, *attesochè il bando non è un documento del debitore.* Bisogna intendersi su questo soggetto.

Si deve stabilire in principio che tutto quello che ha relazione col contratto giudiziale che va ad effettuarsi *è fatto e opera del debitore;* ch'egli solo ne è risponsabile in faccia ai terzi acquirenti per le conseguenze evizionali o altre che fossero per derivarne.

Effetto di ogni obbligazione non adempita, è di privare il proprietario dell'esercizio libero di quella parte del suo patrimonio, che deve soddisfare per lui all'obbligazione alla quale non fece onore. Il bene passa bentosto in condizione di pegno giudiziale; stato transitorio, che, in seguito di parecchie fasi e svolgimenti necessari alla consumazione del diritto di proprietà, finisce nella espropriazione effettiva. Tutto questo avviene per volontà e consentimento iniziale e costante del debitore medesimo ch'egli espresse coll'atto stesso della sua obbligazione, ove accettò tutte le conseguenze che dovevano *de jure* provenire dal mancamento della promessa. Sin d'allora egli obbligò tutte le cose sue (articolo 1948 del Codice civile); impegnarle, equivale ad allenarle per lo soddisfacimento del debito; chi *ipoteca, aliena,* è antico ditterio nella storia lugubre dei debiti. Ciò che dovrebbe far lui, e che ha virtualmente promesso di eseguire, lo fa quella persona autorevole che fa tutto quello che non

vogliono fare i debitori, e si chiama il giudice. Il giudice, nell'ordine sociale e costituito, subentra al proprietario, e ne fa le veci: il creditore ha dalla legge il potere di consegnare al giudice le cose del suo debitore; il giudice soddisfa con quelle al debito, mediante una vendita o un dà in pagamento giudiziale. Ecco tutto. Il debitore, presente sempre a questo doloroso processo, ha tutto il diritto di opporsi e far rettificare le pretese del creditore e le condizioni ingiuste esposte nei pubblici editti; ma non può fingere che tutto questo non sia il suo fatto stesso: e una volta che l'acquirente giudiziale si trovasse defraudato delle promesse, si scoprisse un onere fondiario non manifestato, patisse evizione per cause anteriori, può ricorrere a quegli atti come obbligatorii pel debitore spropriato (1).

2. (Num. 4: *la descrizione o la indicazione dei beni immobili*, ecc.)... (articolo 666, num. 1) *colle loro qualità e confini e* POSSIBILMENTE *colla indicazione delle servitù e degli altri pesi inerenti*. La legge ha voluto significare *per quanto si conoscono;* ha voluto mostrare che la vendita non sarebbe nulla, che non è indispensabile alla validità del processo; ma il debitore non potrebbe schivare perciò di rispondere *del quanto meno* sarebbero stati pagati i fondi ove non si provasse nell'acquirente la scienza dell'onere.

Se nel bando fossero inscrite clausole ultronee, gravanti, inseguibili, è stabilito che le parti possono domandarne la esclusione; ma non si ha diritto di chiedere la nullità del bando (Chauveau, quest. 2320). Ma se la rettificazione non è domandata in tempo utile (cioè prima della vendita), pensano Lachaize, Pigeau e Persil che quelle condizioni diventino obbligatorie (2).

3. (Num. 8: *la somma da depositarsi*, ecc.). È lo stesso cancelliere che ne ha fatto il calcolo presuntivo.

Articolo 668.

Il bando è notificato al debitore nella forma stabilita per la notificazione della sentenza che autorizza la vendita; è anche notificato ai creditori iscritti, al domicilio da essi eletto nelle iscrizioni prese sino a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizza la vendita; e, in difetto d'elezione di domicilio, nell'uffizio delle ipoteche in cui ciascun creditore si trova iscritto. Se un creditore abbia più iscrizoni con domicili diversi, le notificazioni si debbono fare a tutti i domicili eletti.

Il bando è inoltre pubblicato e affisso:

1° Alla porta esterna della sede del tribunale civile che autorizzò la vendita, e a quella della casa comunale del capoluogo della giurisdizione dello stesso tribunale;

2° Alle porte delle case comunali del capoluogo del mandamento in cui sono situati i beni da vendersi, o soggetti al diritto immobiliare posto in vendita, e del mandamento di cui fa parte il comune nel quale risiede il debitore;

3° Alle porte delle case e fabbriche da vendersi.

Se i beni siano situati nella giurisdizione di tribunali diversi, le pubblicazioni e affissioni sono fatte anche alla porta esterna della sede d'ognuno di essi.

Il bando è pure inserito in estratto, per due volte, nel giornale degli annunzi giudiziari. L'inserzione tiene luogo di notificazione ai creditori per le iscrizioni prese dopo il giorno in cui la sentenza, che autorizzò la vendita, fu annotata in margine della trascrizione del precetto.

Le notificazioni, pubblicazioni e inserzioni debbono essere compite trenta giorni prima di quello fissato per l'incanto.

(1) Da ciò si vede quanto sia più razionale il sistema che attribuisce al giudice la compilazione degli atti di spropriazione, che quello che ne incarica il creditore spropriante.

(2) Per esempio depositare il prezzo cogli interessi in una cassa determinata; del resto io credo che le clausole contrarie al diritto si avrebbero non apposte.

Un esemplare del bando è inoltre depositato trenta giorni prima dell'incanto;

1° Nelle cancellerie dei tribunali civili sopra indicati, per essere affisso nella sala pubblica d'aspetto;

2° Nella segreteria del comune o dei comuni in cui sono situati i beni.

Annotazioni.

1. *Notificato*, intendo la copia intera del bando.

2. Quanto alla *forma della notificazione al debitore*, rimetto il lettore alle avvertenze fatte intorno all'articolo 666.

3. *Della notificazione del bando ai creditori iscritti ed effetti giuridici che ne risultano.*

a) Un creditore che possiede più iscrizioni nello stesso ufficio ipotecario non può pretendere che una sola copia. Se più sono i creditori nella stessa iscrizione compresi, a ciascuno una copia, eccettochè non vi abbia un rappresentante di tutti (tutore, curatore, ecc.).

b) Con ragione dissero il Pigeau tom. II, pag. 222) e il Chauveau (all'articolo 692, Legge del 1841, quest. 2326) che le notificazioni si fanno ai creditori *che si trovano già iscritti*, e non occorre a quelli che prendono iscrizioni in tempo posteriore. Incombe ad essi il farsi conoscere per aver diritto alle successive comunicazioni.

c) *La notificazione del bando al domicilio reale del creditore iscritto non sarebbe nulla* (Chauveau, quest. 2330; Dalloz, *De la vente publique d'immeubles*, num. 822). Chi avrebbe interesse a proporre tale nullità? Non il creditore iscritto, che avrebbe avuto il vantaggio di una notificazione più pronta e sicura. Il debitore non potrebbe concepire fuorchè un eccesso di spesa ch'egli non deve sostenere.

d) *Dell'articolo* 2087 *del Codice civile.* « Il creditore avente ipoteca su vari mobili..., « *dopo la notificazione del bando venale*, in « caso di spropriazione forzata, non può, sotto « pena dei danni, rinunciare alla sua ipoteca « sopra uno degli immobili, nè astenersi volon- « tariamente dal proporre la sua istanza nel « giudizio di graduazione, all'intento di favo- « rire un creditore a detrimento di altro cre- « ditore anteriormente iscritto ».

Questo grave dettato, e che parmi un portato affatto nuovo dell'odierna legislazione, si connette *alla teoria del diritto di surrogazione* che ha un terzo che paga il debito altrui; alla quale è d'uopo un momento risalire.

Secondo il diritto romano, un creditore chirografario, pagando un altro creditore a lui poziore, subentrava di diritto nelle sue ragioni e privilegi personali (Leg. 24, § 3, Dig. de rebus auctoritate jud. possid.) (1). Ma trattandosi di creditori ipotecari, diverso era il concetto. *Secundus creditor*, disse Baldo epilogando la Legge 1, Cod. de his qui in priorum creditor, ec., *cujus pecunia pervenit ad priorem, non succedit in hypothecam prioris creditoris*, NISI ACTUM SIT (2), *quod succedat in ipsa*. Ma devi intendere il *secondo creditore chirografario*, perchè se un ipotecario inferiore avesse soddisfatto il superiore, rientrava esso pure di diritto nella di lui ipoteca (LL. 1 e 5, Cod. qui pot. in pign.). Il Codice Napoleone concedeva il subingresso legale a colui che, essendo egli stesso creditore, pagava un creditore ipotecario, onde subentrava di diritto nelle ipoteche e privilegi di lui (articolo 1251). Questo principio fu consacrato dal Codice civile albertino nell'articolo 1341. Benchè i giureconsulti fossero già d'accordo nel ritenere che ivi si parlasse di *qualunque creditore*, il legislatore italiano, sapientemente avvisando alle dubbiezze che nonostante potevano nascere fra i dotti dei differenti sistemi, si porse anche più chiaro dicendo nell'articolo 1233, num. 1: « La sur- « rogazione ha luogo di diritto a vantaggio di « colui che, essendo egli stesso creditore, *an-* « *corchè chirografario*, paga un altro creditore « che ha diritto di essergli preferito in ragione « dei suoi privilegi e delle sue ipoteche ».

Questa legge, oltre avere per sè un senso di equità facilmente inteso, è scritta nell'interesse del commercio; quindi si è voluto favorire la condizione di chi paga il credito prevalente, surrogandolo in ogni sua guarentigia, il che non avrebbe eseguito qualora altri creditori ipotecari o privilegiati fossero venuti ad occupare il posto vuoto, rendendo pressochè inutile il pagamento. Ma ci siamo spinti molto più avanti. L'articolo 2087 ha fatto un debito ai creditori iscritti di mantenere la loro posizione ipotecaria, e persino di propugnarla e

(1) In quelle edizioni del Digesto, in cui il titolo sopra indicato si suddivide in due parti, che formano i due titoli: *De bonis auctorit. jud. possid.*, e *De privileg. creditor.*, la citata legge corrisponde alla ottava di quest'ultimo titolo. Aggiungi la Leg. 2, Cod. de his qui in priorum credit.

(2) Se non fosse stato convenuto. Non si ammetteva che quello chiamato di poi *subingresso convenzionale*.

difenderla; e si collega manifestamente coi principii dello stesso sistema ipotecario.

Quanto più il creditore ipotecario anteriore è fornito di garanzie, tanto più il creditore che iscrive ipoteca dopo di lui, riposa nella speranza di soddisfacimento, perchè egli sa che pagandolo subentra ne' suoi stessi diritti ipotecari, che essendo estesi abbastanza possono contenere amendue i crediti. La legge tuttavia non poteva, senza offesa dell'altrui libertà, scrivere perciò una proibizione generale somigliante a quella che è scritta nell'art. 2087; ma in presenza di questa combinazione, sul limitare di una spropriazione forzata, ha creduto di poterla ragionevolmente imporre. Mentre i creditori ipotecari si affollano sullo stesso prezzo per essere pagati; mentre i creditori posteriori, presso al naufragio, non trovano altro scampo che dimettere gli anteriori per subentrare nella loro ipoteca; mentre infino in questa specie di società anomala si trovano ristretti i creditori per l'impero delle circostanze, si vide necessario di ordinare con giustizia il movimento legale che se ne sarebbe prodotto e prevenire le frodi.

A. è il primo creditore iscritto; la sua ipoteca batte tre fondi che gli dànno esuberante garanzia, alcuno dei quali possiamo supporre non esser caduto nel presente giudizio di spropriazione; *B.* è il secondo creditore iscritto; viene *C.* per terzo. Se *A.*, soddisfatto col prezzo presente, rinunzia a *C.* la sua ipoteca, questi, subentrandovi, primeggia *B.*, malgrado fosse anteriormente iscritto. È ciò che la legge non vuole. Essa invece esige che sia lasciata aperta a *B*, secondo creditore, la facoltà di soddisfare il primo e subentrare nelle sue ragioni. Si allarma come di una frode, che lede una giusta speranza e perturba una posizione legittima. Questa specie di quasi-contratto giudiziale, che riunisce in un accordo di buona fede i creditori iscritti, data *dalla notificazione del bando*, dal qual momento è assicurato il processo di espropriazione.

Articolo 669.

L'usciere fa risultare delle notificazioni, pubblicazioni, affissioni, e dei depositi degli esemplari del bando, mediante processo verbale da consegnarsi entro giorni tre alla cancelleria del tribunale.

Il processo verbale, quanto ai depositi, è sottoscritto anche dagli uffiziali che li abbiano ricevuti.

Le inserzioni sono giustificate colla presentazione di esemplari del giornale, che il creditore istante deve consegnare entro giorni tre alla cancelleria, depositando altresì in essa il certificato delle ipoteche iscritte sopra gl'immobili posti in vendita a tutto il giorno in cui fu annotata in margine della trascrizione del precetto la sentenza che autorizzò la vendita.

L'esemplare del bando depositato nelle segreterie comunali può essere esaminato da chiunque.

Articolo 670.

Oltre le pubblicazioni, affissioni e inserzioni indicate negli articoli precedenti, il tribunale può ordinarne altre nei luoghi che creda opportuni.

Articolo 671.

Quando l'incanto sia stato ritardato da qualche incidente, le pubblicazioni e affissioni, l'inserzione nel giornale, e il deposito a norma dell'articolo 668, si debbono rinnovare giorni otto almeno prima della nuova udienza stabilita per l'incanto.

Annotazioni.

Fra le notificazioni, pubblicazioni e vendita vi ha un intervallo determinato a comodo del pubblico, un termine franco o pieno, che di trenta giorni nella prima proposta d'incanto, si riduce ad otto se quello non ha avuto luogo, per una *causa qualunque*.

Se c'è di mezzo una sentenza, se la sentenza è appellabile, il primo giorno dopo i quindici (articolo 708), non interposto l'appello, sarà utile al rinnovamento delle notificazioni e pubblicazioni.

Articolo 672.

Chiunque può offrire all'incanto per conto proprio, o personalmente, o per mezzo di persona munita di mandato speciale per quest'oggetto, da depositarsi nella cancelleria del tribunale prima dell'incanto.

Soltanto i procuratori legalmente esercenti davanti il tribunale possono offrire all'incanto per conto di persona da dichiararsi.

Qualunque offerente deve aver depositato in danaro nella cancelleria l'importare approssimativo delle spese dell'incanto, della vendita e relativa trascrizione, nella somma stabilita nel bando.

Deve inoltre aver depositato in danaro o in rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, valutate a norma dell'articolo 330, il decimo del prezzo d'incanto, o dei lotti pei quali voglia offerire, salvo ne sia stato dispensato dal presidente del tribunale.

Se sia ammesso all'incanto chi non abbia adempito alle prescrizioni di questo articolo, il cancelliere del tribunale ne è risponsabile in solido.

Articolo 673.

Il debitore non può offerire all'incanto, salvo che sia erede con benefizio d'inventario.

Annotazioni.

1. « Les enchères sont faites *par le ministère d'aroués* à l'audience » (articolo 705 della legge francese del 1841, riportando l'articolo 707 della procedura del 1807). Nel mezzo tempo fra le due legislazioni questa pratica era caduta in disuso; si fece avanti una turba di sconosciuti senza mezzi e senza pudore, che imprese a fare delle pubbliche aste un traffico poco onesto; onde l'esperienza consigliò di rinfrescare la legge anteriore. Il Codice di procedura di Napoli ritenne lo stesso disposto. In Piemonte si era adottato un sistema che si direbbe medio fra questi. Si doveva ottenere dal presidente l'autorizzazione per offrire agli incanti; il presidente non l'accordava che a persone che presentassero una certa guarentigia morale, ma il permesso non occorreva a colui che avesse depositato nella segreteria il decimo del prezzo. Il nuovo legislatore della procedura trovò diviso le provincie italiane fra i due sistemi. Ed ecco cosa disse la Relazione: « Abusando della facoltà « fatta generalmente a chiunque di offrire al« l'incanto per persona da nominare, presso al« cuni corpi giudiziari si è costituita una classe « d'individui che, del concorrere agli incanti « per poi rivendere, suol fare una speculazione « riprovevole e pericolosa. Costoro si sono in« signoriti degl'incanti pubblici, allontanando « ogni altro concorrente con gare che riescono « rovinose, sì che nessuno può compraro se « non da loro. La qual cosa pregiudica gran« demente il debitore e i creditori. — Il nuovo « Codice non poteva tollerare la persistenza « di questo disordine. Perciò dispone che sol« tanto i procuratori legalmente esercenti pos« sono offrire all'incanto per conto di persona « da dichiararsi » (1).

Altro è l'offerta che ognuno fa per sè; ed altro è l'offerta fatta non per sè, non quale mandatario di persona che si nomina, *ma per persona da dichiarare.* In Francia non si può offrire all'incanto se non coll'organo di un pubblico causidico; il nostro Codice permette *a chiunque* l'offrire per conto proprio, con intervento personale o per mezzo di speciale mandatario; ma solo il pubblico causidico può farlo *per persona da dichiarare.* Sotto l'ombra del mistero potrebbesi nascondere qualche tristo pubblicano, qualche operazione poco sincera;

(1) Il ministro non ha voluto certamente fare alcuna allusione al sistema austriaco vigente allora in Lombardia. Pare che ivi dominasse la più perfetta libertà di offerta, *quoad personas*, quella del debitore eccettuata (§ 458 del Codice di procedura austriaco).

la legge ha fatto un onore meritato al ceto dei procuratori, quasi ponendo la moralità dell'atto sotto la loro fede. E ciò che più onora il ceto dei causidici si è, che in sì luogo corso di anni non si è potuto citare un notevole esempio di abuso. Soltanto i pratici sono venuti più e più volte deplorando l'angustia in cui per siffatto metodo era posto il concorso degli offerenti; e si elevò una seria disputa, nella quale e Carré e Pascalis e Persil ed altri presero parte, cosa dovesse farsi quando il numero degli offerenti avanzasse quello dei causidici del luogo, e quantunque un causidico potesse rappresentare più oblatori, non si vedeva poi come potesse farlo senza parzialità per l'uno e per l'altro de' suoi mandanti. Se siamo sempre tormentati dal sospetto di pericolose insidie e di frodi maligne, il sistema piemontese era per avventura il migliore. Ma poichè l'articolo 672 ridona al pubblico una fiducia, che infine non è che un diritto, bisogna convenire che si è fatto bene; la frode, il delitto ci può sempre entrare, ma non bisogna cominciare dal presumerlo. La legge penale se n'è giustamente preoccupata, quantunque non colpisca netto il caso presente di *comprar basso per rivendere*; ma punisca atti nei quali è più appariscente il carattere delittuoso (articoli 402, 403 del Codice penale 27 dicembre 1859). Le speculazioni del genere di quelle di borsa, difficilmente sfuggono agli avvoltoi del commercio: ma la vasta pubblicità degli incanti è un gran preservativo. Una cosa che realmente vale, troverà sempre, o quasi sempre, del compratori seri ed onesti (1).

2. *Dell'offerta del debitore.*

La proibizione (articolo 673) è motivata da inconveniente morale o da incompatibilità giuridica? Io non trovo di veramente ragionevole che questo secondo motivo; poichè, chi farebbe una colpa al debitore di concorrere, se può onestamente farlo coll'altrui mezzo, per rinvere, con un prezzo il meno elevato possibile ma legale, i propri beni, suppongasi anche con danaro prestato? Non si è veduta altra procedura farne un capo di nullità. Ma in nome dello stesso debitore sarebbe un riscatto; proprietario, il debitore non potrebbe comprare da se stesso; e un riscatto per cui questo modo obliquo non si può permettere (2). Si è poi voluto mettere in rilievo la facoltà, ponendovi a lato la *condizione d'incompatibilità*, e se n'è creata una disposizione assennata e sconosciuta agli altri codici.

L'articolo 673 mantiene la distinzione delle persone, che è il carattere delle eredità beneficiate. In tre maniere potrebbe concepirsi l'applicazione di tale facoltà, e uscirne tre quesiti: 1° che il debitore colpito d'espropriazione *nei beni propri* venisse concorrente all'asta *qual erede beneficiato*; 2° che, spropriato di qualche immobile della eredità, comparisse all'acquisto *nel nome suo proprio*; 3° che, spropriato quale erede beneficiario, comparisse all'asta nella stessa qualità per ricuperare l'immobile all'eredità medesima.

Può dirsi, a favore del primo proposto, che la persona considerata come soggetto abituale di diritto, è diversa da quella che è soggetto particolare di un diritto ereditario determinato; che da codesta dualità giuridica nasce appunto la compatibilità di azioni oggettivamente opposte. Ma s'incontra una difficoltà: che il beneficio dell'inventario non è che una difesa all'erede, mezzo a tenere separato il patrimonio personale dall'ereditario. Non è suscettiva di aumento l'eredità beneficiata: o se si aumenta dall'erede, si aumenta a favor suo (3); quindi equivale ad un acquisto che il debitore facesse per se medesimo. Si potrà pure aggiungere che, a ben considerare il testo, esso esprime piuttosto il secondo che altro dei tre concetti che abbiamo enunciati.

Io che ritengo anche questo concetto virtualmente compreso nell'articolo, respingo la obbiezione. L'erede può acquistare all'eredità beneficiata, purchè lo faccia nel nome di erede beneficiato e per essa. Da quel momento i legatari e i creditori dell'eredità vi avrebbero acquistato un diritto (4). L'erede beneficiato acquistando per la eredità, intende forse di compensare danni e perdite da lui arrecate alla medesima eredità; e come gli potrebbe esser vietato? Concludo adunque che anche in questo caso il debitore spropriato, che ac-

(1) Il Codice di Ginevra, che fece onore al Bellot, non accettò le pastoie; ammise in genere al concorso degli incanti tutte le persone che sono capaci d'acquistare.

(2) Tale offerta sarebbe nulla di fatti (vedi articolo 707).

(3) Perchè resone conto (articolo 969 del Codice civile, tutto l'avanzo, pagati i debiti, rimane suo.

(4) Anche per mezzi naturali potrebbe aumentare la eredità beneficiata. Oltre i vantaggi di una buona coltivazione, di una buona amministrazione, può figurarsi un'alluvione utile ai terreni ereditari, la scoperta di un tesoro in un fondo dell'eredità, ecc.

cadisce all'incanto nella qualità di erede beneficiato, dev'essere considerato *qual terzo acquirente*.

Non parlerò della *seconda* ipotesi, che è quella prevista dalla legge.

Non ammetterei la *terza*. L'erede beneficiario che soffre l'espropriazione dei fondi ereditari per debiti dell'eredità, presentandosi oblatore in tale qualità, sarebbe percosso dal divieto dell'articolo 673, poichè non sarebbe altro che lo stesso debitore.

3. *Del deposito del decimo del prezzo della rendita di un complesso di fondi, distinta in parti o lotti.*

Nulla di più frequente nelle subastazioni che dividere in parti e imprese varie il complesso immobiliare da vendersi quando attinenze di utilità o di convenienza non consiglino altrimenti. L'articolo 672 prevede questo modo di vendite separate o *per lotti*, e ordina il preventivo deposito del *decimo del prezzo d'incanto* o *dei lotti*; ed è chiaro che colui che concorre a più lotti, per *ciascuno* deposita il decimo del prezzo relativo.

Non è meno aperto, che la vendita per parti dev'essere stata autorizzata dalla sentenza nella quale i singoli lotti o gruppi si veggano con precisione di nomi e di confini distinti; tutti gli atti che segnono non rappresentano che la esecuzione della sentenza di vendita (articolo 666). Solo da essa attinge l'autorità sua il presidente delegato *che stabilisce l'udienza in cui deve farsi l'incanto e ordina al cancelliere la formazione del bando* (art. 666, num. 3). Vi sarebbe nullità se gli atti conseguenti non fossero conformati alla sentenza di vendita (1).

Il tribunale civile, come il pretore, rispetto all'esecuzione mobiliare, è vestito di un certo moderato e canto potere discrezionale, proprio delle circostanze in mezzo alle quali sorge, per così esprimermi, la sua autorità regolatrice; onde io credo che il tribunale pronunciando la vendita forzata, possa eziandio d'ufficio ordinare il metodo degli incanti, separando i corpi da vendersi e, come si direbbe, formando i lotti, ciò che trova anche sufficiente fondamento nel testo letterale (articolo 666, num. 2). Sarebbe pericoloso il ritenere facoltizzato il tribunale a stabilire *tempi diversi* alle vendite, risultando dal num. 3 del citato articolo ch'esso delega soltanto al presidente *di stabilire l'udienza in cui deve farsi l'incanto*; e non più udienze. E forse si annette qualche importanza all'unico mercato e al concorso simultaneo degli oblatori, onde si eccita gara e attrito di compratori favorevole allo scopo. Intanto la divisione agevola gli acquisti; salvo di riporre agli incanti, secondo le disposizioni di legge, quei corpi che rimanessero invenduti.

4. *Responsabilità del cancelliere.*

Se il decimo o i decimi per ogni singola vendita sono pagati in cartelle dello Stato, ha luogo il ragguaglio ordinato dall'articolo 330; e ciò resta a cura del cancelliere del tribunale *che n'è responsabile*. L'ultimo capoverso dell'articolo 672 sancisce questa responsabilità. Per verità non avendo altr'obbligo il cancelliere che di curare *il deposito del decimo e di una somma per le spese*, come ora diremo, è ragione che la responsabilità di lui non si estenda alle ulteriori e più serie conseguenze che sono per derivare dalla mancanza del pagamento del prezzo per parte del compratore.

L'articolo 693 dichiara con giusto rigore a quali emende si esponga in simili casi il compratore; e ne risulta una condizione di cose che renderà più o meno difficile l'applicazione di quest'articolo che riguarda la responsabilità del cancelliere. Si potrebbe forse argomentare che dal non avere il cancelliere ritirato, come doveva, il decimo e le spese, e dall'avere permesso a quell'offerente di entrare nel concorso, ne venne per necessaria conseguenza la caducità dell'offerta per non essere stati pagati gli altri nove decimi del prezzo? No certo; nè senza manifesta esorbitanza ed ingiustizia si vorrebbe associare il poco diligente funzionario a tutte quelle obbligazioni che ricadono sul compratore per l'articolo 693. Bensì il cancelliere sarà esposto a soddisfare del proprio, salvo rivalsa contro l'offerente, le spese del nuovo incanto che trascurò di farsi anticipare; e il decimo insoluto rappresenterà un debito d'altrettanto che il cancelliere avrà verso chi di ragione a titolo di quei danni che l'offerente fosse tenuto a risarcire. Cesserebbe ogni sua responsabilità dal momento che costui avesse adempita la sua obbligazione *prima del nuovo incanto*, secondo l'articolo 691.

5. *Del deposito delle spese.*

Il bando dichiara quale somma sia da depositarsi (articolo 667, num. 8). Se la vendita è divisa in lotti, ad ognuno sarà proporzionata una spesa distinta. Più avanti vedremo se e

(1) Ma intorno alle questioni di nullità, vedi il commento all'articolo 707.

come questa spesa debba esser restituita o rimborsata.

6. *Facoltà del presidente di esonerare l'offerente dal deposito.*

Avvisata per incidenza nel 3° capoverso dell'articolo 672 tale facoltà del presidente, si crede ch'egli non sarà per esercitarla se non quando la solidità dell'offerente sia abbastanza sicura; nel caso cioè in cui non vi sarebbe veruna ragione per accordare un favore che ha un certo senso di parzialità. Ma come s'introduce qui l'autorità del presidente? Non è facile concepirlo. L'anteriore Codice sardo, come si è rammentato in altro luogo, costituiva il presidente in una particolare ingerenza per arbitrare delle persone che potevano o no concorrere all'asta senza lo sborso del decimo; pure si vede che qualche facoltà simile gli è ancora riservata: occulta, non bene spiegata questa facoltà, e io non sarò quello che vorrà applaudirla.

Articolo 674.

All'udienza stabilita per l'incanto il cancelliere, sull'istanza del creditore, legge il bando. Indi si procede all'incanto.

A quest'effetto si accendono candele, che durino ciascuna un minuto circa.

La vendita segue a favore di chi abbia fatto l'offerta maggiore.

Si ha per offerta maggiore quella dopo la quale siansi accese ed estinte successivamente tre candele, senza maggiore offerta.

Ogni offerente cessa di essere obbligato quando la sua offerta sia stata superata da un'altra, sebbene questa fosse dichiarata nulla.

Se l'incanto non possa compiersi nella stessa udienza, sarà continuato nel primo giorno seguente, non festivo, quantunque non sia giorno d'udienza.

Articolo 675.

Quando le prime tre candele accese successivamente siansi estinte senza che siasi fatta offerta, è dichiarato compratore, per il prezzo portato dal bando, il creditore che abbia fatto l'offerta di cui negli articoli 663, 664 e 665.

Nel caso di stima, se non siano state fatte offerte all'incanto, il tribunale ordina che l'incanto si rinnovi in altra udienza, ribassando il prezzo di un decimo almeno, e così successivamente finchè non si abbiano offerenti.

Annotazioni.

1. Le offerte si fanno a voce; ma sono già corroborate dal deposito del decimo e delle spese, che è come il biglietto d'ingresso nella sala dell'incanto.

2. *Qualità e caratteri dell'offerta al pubblico incanto.*

L'offerta è pura e semplice. L'offerta condizionale, o *in diem*, non sarebbe ricevuta. Si potrebbe dubitare se cadendo la condizione o il termine come inutilmente apposto, l'offerta si dovesse valida ritenere. La legge nulla dice; e non si esprime che in questo modo: offerta *minore* o *maggiore*. Ma io credo che non sia un'offerta seria, non abbia cioè a tenerseno conto. Mancherebbe da parte dello stesso offerente la volontà di fare un'offerta efficace. E dove e come potrebbe disputarsi della condizione? Dovrebbero intanto sospendersi gl'incanti?

Siamo d'accordo sulla semplicità dell'offerta. Non vuolsi però confondere un'offerta *a condizione* o *a termine* con quella che è accompagnata da osservazioni, proteste o riserve, nell'intendimento di sviare condizioni, carichi, pretese, che non debbono per diritto essere assunte dal deliberatario.

La sentenza, dice l'articolo 666, n° 2, *contiene le condizioni della vendita;* le quali si ripetono nel bando, si notificano, ricompariscono perfettamente identiche nell'atto d'incanto. E va bene. Ma che sarebbe se fra le condizioni della vendita ce ne fossero di gravatorie e contrarie al diritto? Chiunque ha interesse di non imbarazzare la vendita, che non si vengano seminando liti quando urge di finirle, potrà far correggere dal tribunale il bando (articolo 702, n° 3) (1). Suppongasi però che la istanza non sia stata fatta; o l'oblatore istrutto

(1) Tali sentenze sarebbero inappellabili; ma per non anticipare, ne parleremo a suo luogo.

e accorto, visto il carico ingiusto che si vuol porre, fa bensì la sua offerta, ma con protesta. Si è messo, per esempio, che non s'intende accordare veruna garanzia in qualunque caso; ebbene, l'offerente, protestando in contrario, e non ostante offerendo, non fa mica un'offerta condizionale, ma pura, semplice e regolare; imperocchè non egli aggiunge alla legge dell'incanto, ma altri vi aggiunse; egli non fa che respingere una pretesa illegale, che richiamare all'osservanza del diritto. Tanto è lontano che si tratti di addizione all'offerta, che tacendo non farebbe a sè pregiudizio, e potrebbe riservare la sua protesta al verbale di delibera, o farne capo d'incidentale domanda ove fosse d'uopo.

Nel secondo capoverso si parla dell'*offerta maggiore* in modo assoluto; quanto dire l'offerta *massima*, l'offerta decisiva. Nel mezzo tempo in cui le candele bruciano, possono succedersi offerte *relativamente maggiori*, che si vengono escludendo finchè ne resti una che duri quanto bastano le tre candele ardenti; e dopo ciò il deliberatario esiste. Intanto la legge ha cura di farci sapere che *ogni offerente cessa di essere obbligato quando l'offerta sia stata superata da un'altra, sebbene questa fosse dichiarata nulla*. Così i nodi si stringono e si sciolgono successivamente in una gara d'incasto, ed è ben giusto onde niuno rimanga in obbligazione più di quello che è necessario all'effetto che si ha in vista.

E da questo lato non si è fatta, io credo, questione; ma è sorta dall'altro. Ammesso che l'oblatore, la cui offerta è stata superata, *non è più obbligato. Ma se invece egli si tenesse in diritto di far valere la sua offerta*, come quella che fu realmente l'ultima e la maggiore comparativamente, non sarebbe forse fondato nella sua pretesa?

I dottori si sono proposti il quesito, e concordi lo hanno risolto in senso contrario (Carré, Favard de Langlade, t. III, pag. 6; Dalloz, t. XI, pag. 755, num. 1, ecc.) (1). L'offerta, si dice, è come non avvenuta, non ad uso, ma a tutti gli effetti. Non si deve sofisticare sopra una disposizione che è fatta in uno scopo utile, per il bene della cosa stessa, mentrechè sia pur nulla l'ultima offerta, essa potrà rinnovarsi; concedendo il fondo a chi, nella verità del fatto, esibì un minor prezzo, si farebbe una cosa ingiusta, dannosa. Poi si trova meglio che l'incanto cada in nulla per rinnovarlo, anzichè favorire una complicazione e un disordine.

Supposta la nullità dell'offerta, conseguenze rispetto al processo d'incanto. Questioni e soluzioni.

Se la promessa che si fa per mezzo dell'offerta cessa di esser obbligatoria al semplice annunzio di un'offerta relativamente maggiore, se l'ultima offerta è nulla, ne viene di conseguenza che il processo d'incanto si riduce ad un tentativo di vendita privo di effetto.

Chi si compiacerà di approfondire un poco l'argomento, che del resto è di quotidiana necessità, vedrà nascere problemi di procedura esecutiva che domandano soluzione.

Come si appalesa, come si giudica, la nullità dell'offerta ultima e maggiore? Io faccio il caso più ovvio. Il processo verbale si chiude sotto l'impressione definitiva di quest'offerta, il tribunale non fatto accorto della nullità, o non entrandone egli medesimo in sospetto, delibera nell'atto stesso il fondo al maggior offerente. Ma quella parte a cui interessa (2), promuove un incidente e domanda la nullità del processo d'incanto. La risoluzione del tribunale, qual preside di questa solennità esecutiva, non ha valore di sentenza, in quanto non può acquistare autorità di cosa giudicata sopra una questione che non gli fu proposta, sulla quale non pronunziò; sulla quale invece deve pronunziare per apposita istanza, in speciale giudizio.

Annullata l'offerta, tutto rientra nel nulla; e l'esperimento d'asta si riprende dal suo principio colla rinnovazione degli atti e ripubblicazione degli editti. Ciò sta anche in relazione col disposto dell'articolo 696.

Ma se quella che si direbbe offerta maggiore *non è accettata e viene respinta immediatamente e sull'atto* dal magistrato, in modo che potrebbe dirsi non esser mai esistita, ne verranno pur anco i notati effetti, la inconsistenza della precedente offerta e la dissoluzione dell'incanto?

Le cause per cui un'offerta può rigettarsi, riputarsi e dichiararsi nulla, si ravvisano diverse, e di due ordini segnatamente. Talune intrinseche, razionali, che richiedono un esame, un giudizio; altre che hanno un carattere materiale, un aspetto d'evidenza tale che il magistrato della esecuzione non permette neppure

(1) L'articolo 795, capoverso primo della Legge francese del 1811 è identico al nostro.

(2) L'*interesse della regolarità di un processo* è in tutti quelli che possono subire le conseguenze dell'irregolarità: nel debitore, nel creditore procedente, negli stessi creditori iscritti.

la presentazione delle offerte, o tosto le rimuove. Si dubita della capacità legale dell'offerente che si pretende interdetto; si muovono difficoltà sui poteri di un mandatario o di un rappresentante che viene a fare un'offerta per un corpo morale o per un individuo; si crede che l'offerta sia implicata di condizioni, benchè non siano che giuste riserve. Si elevano proteste, e il cancelliere le registra nel processo verbale: e queste sarebbero cause di nullità del prim'ordine. All'incontro chi subentra a fare l'offerta apparentemente maggiore, è uno che non ha fatto il deposito preliminare; fa un'offerta che non è seria, perchè esibisce bensì una somma maggiore, ma dichiara che sarà a pagarla dopo un certo termine, e a certe condizioni evidentemente inammissibili, o senza essere un procuratore esercente fa un'offerta per persona da dichiarare; siffatte esibizioni non sono ascoltate, e non si registrano punto nel processo verbale, *vox prætereaque nihil;* e tali offerte si hanno come non fatte. *Quid juris?* La precedente offerta, minore bensì ma seria e regolare, sarà nondimeno svanita, il processo d'incanto si dovrà abbandonare, dovrà instaurarsene un nuovo?

Per l'affermativa, ad escludere cioè ogni distinzione, fa gran forza quel canone sì chiaro nella sua espressione: *ogni offerente cessa di essere obbligato... sebbene l'offerta maggiore sia dichiarata nulla.* Eppure una tale soluzione, secondo me, non sarebbe ragionevole.

A parte il disordine e il danno che sarebbe per risultarne. Sorge una voce da uno del popolo; un'offerta stravagante, suppongasi anche immodica e di gran prezzo; il preteso offerente, secondo l'esempio dato, non ha fatto il deposito. Ebbene: l'offerta è nulla, si dirà, ne conveniamo; ma l'offerta c'è, e basta. Vada adunque a monte l'incanto, e con esso ogni offerta. Ciò non è possibile. E ben può dirsi che non si ha in realtà un'offerta maggiore, se non fu seria, se non fu che uno scherzo, se quantunque non si potesse soffocare la voce che la pronunziò, si dichiara immediatamente dal magistrato che non può attendersi, che non può tenersene conto; quindi l'incanto prosegue sull'ultima e regolare offerta. Così si distingue fra offerta *ammessa* o *non ammessa;* sebbene l'offerta ammessa sia impugnata, o possa impugnarsi e dichiararsi nulla.

Da tali considerazioni emanano conseguenze che ricadono sull'applicazione eziandio dell'articolo 675. Se le tre candele sono estinte *senza che siasi fatta offerta*, segue l'aggiudicazione a favore del creditore. Or bene; offerte in verità furono fatte, ma o non serie, o nulle.

Se non vi fu che qualche offerta della risma di quelle or ora esemplificate, non si erra dicendo che non ve ne fu alcuna. Ma nell'altra ipotesi la conclusione sarà diversa: se concorse l'animo e la volontà nell'offerta, benchè irregolare e nulla, se l'offerta venne accolta nel processo verbale benchè sotto protesta e con invio al tribunale per discuterne il valore, se la nullità è dichiarata, trovo che l'incanto dovrà *ex integro* rinnovarsi, non procedersi all'aggiudicazione (1).

3. *Dell'aggiudicazione a favore del creditore.*

Il creditore che ha fatta l'offerta proemiale, o sia lo stesso procedente o un creditore iscritto, è proclamato aggiudicatario nella stessa udienza, nominale però e risolubile, come si vede nel progresso del procedimento. Con ciò è risparmiato un incanto che deve rinnovarsi se, in luogo di aversi un fondamento del prezzo nella offerta preliminare, si è dovuto fare la stima.

Può accadere che *più offerenti si siano presentati* sulle norme degli articoli 662 e 663; *quale di essi sarà preferito aggiudicatario?*

Il creditore procedente ha senza dubbio la preferenza; tutto mostra che l'offerta del creditore iscritto (articolo 663) è suppletoria. E fra più creditori iscritti che offersero (non potendo in tale offerta preliminare esservi superiorità, dovendo essere conformata alla misura prescritta nell'articolo 663) fra più creditori iscritti offerenti, io penso che *il primo debba essere preferito*, perchè avendo il suo atto adempito al voto della legge, cessa la ragione per cui altri debba ammettersi, e un concorso sarebbe dannoso e contrario allo scopo. Il fermento della gara, per così esprimermi, si scorge sempre nel processo dell'acquisizione giudiziaria; e il premio è concesso alla diligenza.

(1) Un atto che non esiste in veruno modo e sotto nessuna apparenza, *non è atto nullo;* ma meglio è dire che non esiste. Se un cancelliere, con arbitrio o senza, si è rifiutato di ricevere un ricorso, non si dirà che il ricorso è nullo, perchè infatti non si ha ricorso. La proposizione *atto nullo* comincia dall'affermare che il *soggetto* appare in una forma estrinseca qualunque; e benchè nel *predicato* si contenga la inesistenza legale dell'atto, è un concetto di diritto che si esercita appunto sopra un materiale che gli è sottoposto. Ne segue, a conferma della esposta dottrina, che io azzardo, non so se per la prima volta, che la offerta non ricevuta e respinta, *non si dirà che è nulla, ma piuttosto che non esiste.*

4. Il deliberamento, pure risolubile *quando si parte dalla stima*, si ottiene a furia di diminuzioni di decimo in decimo che si vengono facendo nel corso dell'incanto. La legge non dice quale intervallo debba decorrere da una diminuzione all'altra; e dipenderà dalla prudente economia del magistrato. Quando si arrivi al punto che si trovi come a livello delle intenzioni degli oblatori, l'offerta deciderà la delibera, ma l'*ultimatum* dovrà sperimentarsi colla estinzione delle tre candele, nel cui mezzo tempo potrebbe venir fuori un'offerta più vantaggiosa.

La legge presume che, scendendo e scendendo, negl'infimi gradi almeno si troverà il compratore. Perciò non ha preveduto il caso che manchi con tutto questo il compratore; il compratore adunque ci sarà. Il solo ma inevitabile inconveniente può essere che gli accorti aspiranti aspettino gli ultimi ribassi, e allora verranno a spiegare le loro proposte.

Articolo 676.

Il compratore, nel processo verbale dell'incanto di cui nell'articolo 685, deve fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio o residenza, a termini dell'articolo 563, nella città in cui seguì la vendita. In difetto, le notificazioni saranno fatte alla cancelleria del tribunale.

Annotazioni.

Ora ci portiamo all'articolo 685. Il compratore definitivo eleggerà il domicilio (1) all'*oggetto speciale* delle notificazioni che dovessero eseguirsi allo stesso compratore; fra le quali quella dell'appellazione, ove abbia luogo (articoli 702 e seg.). Nessun effetto ulteriore, non riguardante il giudizio di spropriazione, potrà annettersi a tale domicilio.

La parte applicabile del richiamato articolo 563 è il secondo capoverso. Il domicilio si elegge *nella città in cui risiede il tribunale* innanzi al quale si è proceduto alla spropriazione.

Articolo 677.

Il compratore può ritirare il deposito del decimo col consenso di tutti i creditori comparsi nel giudizio di graduazione, o giustificando di avere integralmente soddisfatto il prezzo e adempiute le condizioni della vendita.

Il cancelliere, nel termine stabilito dalla legge sulla cassa dei depositi e prestiti, da computarsi dalla vendita definitiva, trasmette alla cassa stessa l'anzidetto deposito, il quale frutterà a vantaggio del compratore.

I depositi fatti dagli altri offerenti sono loro restituiti.

Annotazioni.

1. La disposizione si estende tanto al compratore definitivo, che al precedente. Ogni compratore ha lo stesso obbligo di *soddisfare il prezzo e adempire le condizioni della vendita* (2). Ove ciò giustifichi, la restituzione del *decimo* è di diritto; mancando il fatto o la giustificazione, converrà aspettare l'apertura del *giudizio di graduatoria* e lo spirare dei termini nei quali i creditori hanno diritto di comparire; e *tutti* essendo d'accordo (non la maggioranza semplicemente), sarà permesso il ritiro del decimo, che è una diminuzione di guarentigia.

Il cancelliere deposita il *prezzo* sborsato dal compratore nella *cassa dei depositi e prestiti*, e sarà frottifero *a favore del compratore*. Per fermo la legge suppone che il *compratore definitivo* non possa immediatamente conseguire il possesso dei fondi, forse per esservi di mezzo un appello, altrimenti non si vedrebbe il perchè di questa disposizione (3), che piuttosto dovrebb'essere scritta a favore del *compratore condizionale* che deve privarsi per un tempo più o men lungo dell'uso del suo danaro, incerto se nell'ultimo sarà per restargli il fondo. A sì ragionevole conclusione non si porge la

(1) Farà semplicemente la *dichiarazione di ritenerlo*, se lo abbia in luogo; che equivale ad una elezione per quest'oggetto.

(2) Quali siano, vedremo all'articolo 689.

(3) Forse per relazione all'articolo 719.

lettera della legge, che *computa un termine*, qual che sia, dalla *vendita definitiva;* ma io tengo non essere mestieri un precetto di legge positiva per esonerare il cancelliere dalla responsabilità, il compratore dal pericolo, e procurargli del suo danaro qualche onesto profitto.

Colle parole *anzidetto deposito* sembra accennarsi non solo al *prezzo integrale* ma ben anco al *deposito del decimo;* rispetto al quale si troverà che è giusta l'applicazione letterale e che in pendenza delle altre offerte che si succedono, potrà il decimo restare convenientemente presso il cancelliere.

2. Ogni offerente, per avere la patente di ammissione, deve inoltre *far deposito in danaro delle spese dell'incanto*, ecc. (articolo 672, capoverso 2°). La restituzione del deposito delle spese agli offerenti decaduti è abbastanza significata nell'ultimo capoverso: *i* DEPOSITI *fatti dagli altri*, ecc., ma il compratore primario rimane impegnato sino alla vendita definitiva; proclamata la quale a favore di altra persona, egli ritirerà, com'è giusto, *ogni suo deposito*, passando nella linea di quegli offerenti che non sono riusciti.

Articolo 678.

Il procuratore esercente davanti il tribunale, a cui siano stati venduti i beni nell'incanto, può dichiarare, nei tre giorni successivi a quello della vendita, di aver fatto l'acquisto per una terza persona; la vendita s'intende fatta a questa, se nello stesso termine essa abbia accettata la dichiarazione con atto ricevuto dal cancelliere del tribunale, oppure il dichiarante abbia nel detto termine depositato nella cancelleria un mandato speciale per quest'oggetto, anteriore alla vendita.

Il compratore rimane risponsabile finchè la persona dichiarata non abbia adempiute le condizioni prescritte nell'articolo 672, capoversi secondo e terzo.

La dichiarazione o elezione di domicilio o di residenza fatta dal compratore è obbligatoria per la detta persona, finchè questa non abbia notificato la dichiarazione o elezione di altro domicilio o di altra residenza in conformità dell'articolo 676.

Annotazioni.

1. Illustrando l'articolo della legge francese del 1841, che nel concetto principale risponde alla presente (1), il Chauveau osserva che la trasgressione di quest'articolo non è seguita dalla *sanzione di nullità*, e ne vede il motivo nella sussistenza della vendita in nome dello stesso procuratore, qualora o non faccia veruna dichiarazione, o non la faccia nei modi e termini prescritti.

Sarebbe forse da portarsi una diversa opinione secondo la legge nostra, poichè nell'articolo 707 si trovano imposte a pena di nullità le formalità in questo ordinate?

Basterà una facile distinzione a convincere che la sentenza dell'illustre francese è vera anche per noi. Altro è che l'adempimento delle formalità prescritte sia necessario per investire il terzo nominatario dei diritti acquistati dal procuratore colla propria offerta, ed altro è che l'offerta sia nulla. *Essa è valida, solo la girata è nulla.*

2. Questo punto di legislazione si è venuto successivamente modificando. In quei sistemi nei quali le offerte non potevano farsi che per mezzo dei procuratori, come il francese e napolitano, fra gli altri impacci si aveva anche questo, che il procuratore se non voleva caricarsi di tutti gli acquisti che veniva facendo per altri e perire sotto il peso, doveva noi tre giorni successivi alla delibera dichiarare la persona per la quale e nel cui interesse si era presentato; ed a ciò intende l'indicato articolo 707 della legge francese, e il 793 del già Codice napolitano. Onde la differenza fra quei sistemi o il nostro, che in quelli trattavasi di una *specie di mandato abituale* che avevano i procuratori per chiunque volesse offrire all'asta pubblica, nell'esercizio della quale fun-

(1) «L'avoué dernier enchérisseur sera tenu, dans «les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, si non «de représenter son pouvoir, lequel démeurera annéxe a la minute de sa déclaration; faute de ce «faire, il sera réputé adjudicataire en son nom, «sans préjudice de disposition de l'article 711» che limita la facoltà dei procuratori, escludendo certe classi o persone dall'incanto.

zione arrischiavano di restare personalmente impegnati, laddove nel nostro sistema il mandato del procuratore è necessario soltanto qualora non si voglia per qualche ragione manifestare all'atto dell'incanto il nome del vero acquisitore che non può restare nascosto (e ciò per breve tempo) se non sotto quello di un ufficiale che ha la fede pubblica, e assume una morale guarentigia di efficace risultamento. Nei codici sardi del 1854 e 1859, non più adoperato il ministero necessario del pubblico causidico, e data facoltà al deliberatario, qualunque fosse, di *dichiarare una terza persona* nello spazio di tre giorni, si esigeva però l'*ammissione del presidente*, mancata la quale il procuratore era costretto con obbligo personale all'acquisto.

L'odierna legge è buona perchè ritiene presuntivamente in un procuratore esercente l'esercizio del mandato che nega ad ogni altro che non rivesta tale qualità (1), è buona nell'interesse della regolarità e della moralità dell'atto. L'encomiata procedura di Ginevra, non traendo profitto dal pubblico ufficio del procuratore, esclude il mandato presunto, e nella nomina di un nuovo deliberatario non vede che un atto di cessione, onde la responsabilità del precedente deliberatario per le obbligazioni del sostituito qualora costui vi mancasse, o fosse insolvibile.

E difatti gravissima è la conseguenza rispetto specialmente ai debiti ipotecari. Nella ipotesi della trasmissione del dominio, lo ipoteche generali sui beni futuri, ove simili ipoteche sono ammesse, verrebbero *ministerio legis* ad imporsi sull'immobile, e ricadrebbero sul nuovo acquirente. Nulla ha di simile la responsabilità del procuratore, precisata nel primo capoverso del primo articolo: adempite le condizioni della legge, il procuratore non risponde che per il deposito delle *spese* e del *decimo*; e ciò dimostra, cosa assai notevole, che *il procuratore esercente per offrire all'asta non è obbligato ad anticipare quel deposito.*

3. *Ma che s'intende in questo caso per decimo del prezzo?* Forse il decimo del prezzo che *fu proposto nel bando*, al quale realmente accenna l'articolo 672 (2), ovvero *il decimo del prezzo per cui è seguita la vendita?*

Quantunque il richiamo sia preciso, terrei disforme dallo spirito e dalla ragion della legge la prima interpretazione. Ciò che è stato ordinato in una ragione presuntiva, acquista misura determinata nella realtà. E io credo debba il procuratore rispondere nè più nè meno del decimo del prezzo effettivo e attuale.

4. Che il procuratore non sia liberato dall'acquisto nominando una *persona incapace* non è cosa da metter in disputa (corte di Tolosa, 10 maggio 1840).

Articolo 679.

Dopo la vendita, e otto giorni almeno prima della scadenza del termine stabilito in appresso per l'aumento del sesto, il cancelliere del tribunale fa inserire nel giornale, o nei giornali in cui fu pubblicato il bando per l'incanto, una nota contenente:

1° L'indicazione dei beni immobili venduti;
2° La data della vendita;
3° Il nome e cognome del compratore;
4° Il prezzo della vendita;
5° Il giorno in cui scade il termine per l'aumento del sesto.

Articolo 680.

Nei quindici giorni successivi a quello della vendita è ammesso l'aumento non minore del sesto sul prezzo della medesima, purchè sia fatto da persona che abbia

(1) *Ritenere presuntivamente il mandato* all'effetto che la nomina successiva si rannodi a tale presunzione onde inferire che sin da principio il procuratore ha agito nell'interesse altrui, ed escludere così la rivendita, *è diverso* dal conferire *un mandato abituale e necessario* per tutti i concorrenti all'asta che appoggia bensì la presunzione medesima ma, la generalizza eccessivamente, e produce un effettivo disordine.

(2) Il decimo cioè del *valore offerto* o del *valore peritale*.

adempiuto le condizioni prescritte dall'articolo 672, capoversi secondo e terzo, per mezzo di atto ricevuto dal cancelliere del tribunale, con costituzione di un procuratore.

In caso di più aumenti, l'offerta maggiore è preferita; tra offerte eguali è preferita la prima.

Annotazioni.

1. La prima delibera si estima meglio che altro una preparazione e un prodromo della vendita, ma la *quantità dell'aumento da proporsi* nell'incanto successivo fu soggetto di discussioni e dispareri. In antico era adottato l'aumento del *quarto*. Il Codice di procedura francese seguitò queste tradizioni (art. 710); ma nell'epoca della riforma del processo esecutivo, la questione fu esaminata dal lato razionale nei lavori di Pascalis e di Persil con una manifesta tendenza a facilitare il nuovo esperimento, e fu fissato l'*aumento del sesto*. Nei codici sardi del 1854 e 1859 fu stimato opportuno un ulteriore temperamento, che però aveva d'uopo dell'autorizzazione del presidente, l'*aumento del mezzo-sesto*. Ora è stato abbandonato. Vi è qualche cosa che reclama a favore del deliberatario perchè non sia troppo leggermente privato del suo acquisto, e fu per questo riflesso che non si ammise come decisivo un *aumento qualunque*, e si adottò una misura di limite ragionevole nell'opposto interesse del deliberatario e del creditori. È inesatto il riscontro che qualche scrittore ha creduto vedere fra l'*addictio in diem* e il sistema dell'incarimento subastale; perchè la vendita fatta al primo deliberatario non è che *condizionale*, come dissi, e coll'aumento legale si scioglie; mentre per quell'antico istituto si effettuava una nuova vendita.

2. *Con atto ricevuto dal cancelliere del tribunale* intendi *nella stessa cancelleria*. Si disputò se l'otto presentato al cancelliere *fuori dell'uffizio* fosse accettabile (Dalloz, v° *Surenchère*, n. 339, e *Rec. pér.*, 1856, tom. I, nota 5), e fu deciso in senso negativo (tribunale di Grenoble, 16 giugno 1853).

La *costituzione di procuratore* non ha altro oggetto, io credo, che di aggiungere all'atto un certa solennità e quasi una morale garanzia, oltre quella materiale del solito deposito del decimo del prezzo e delle spese. La sua dichiarazione è impegnativa, ma non è pertanto obbligato a depositare l'intero prezzo, perchè anche il suo acquisto è condizionale, dipendendo l'esito dal successivo incanto. Ci può essere più di un'offerta; qualcuna maggiore dell'altra, partendo sempre dalla base *del sesto*; se ve ne sono delle eguali, preferendosi la prima in tempo, è di tutta necessità che il cancelliere faccia annotamento dell'ora.

3. Può sorgere il dubbio: *se il decimo*, che dev'essersi già depositato prima dell'offerta d'aumento, *sia correlativo al prezzo d'incanto proposto nel bando iniziale; o a quello per cui fu deliberato il fondo coll'aumento del sesto.* La questione ne produce un'altra: *se all'aumento del sesto sia ammesso soltanto chi si è già presentato ad offrire nel primo incanto;* o chiunque possa essere ammesso, purchè adempia le pratiche volute dall'articolo 680.

Motivo di dubitare sarebbe quell'espressione dell'articolo: *purchè sia fatta da persona* CHE ABBIA ADEMPITE *le prescrizioni dell'articolo* 672, *capoverso* 2°; onde sembra richiamarsi ad un atto anteriormente eseguito, e precisamente all'ingresso del primo incanto.

I precedenti codici del 1854 e del 1859, che professavano lo stesso sistema, quando si venne al disporre sull'offerta dell'aumento, non parlarono di questa condizione, risultandone che chiunque poteva presentarsi *ex primo*; e non è punto a credersi che il nuovo Codice abbia voluto introdurre una limitazione sì poco giustificata e tanto dannosa all'interesse del venditore. Resta dunque che possano offrire l'aumento anche coloro che furono estranei al primo incanto; e allora il deposito del decimo e delle spese devesi eseguire insieme alla dichiarazione d'offerta. Determinato già il prezzo; ritenuto che quello della prima delibera fu di lire 6000, che coll'aumento del sesto si portò a 7000, il decimo di questa somma dovrà depositarsi. Posso errare, ma non sarò tacciato d'incoerenza; io già diedi una ugual soluzione nella terza nota sull'articolo 678, ed è, secondo me, la sola ragionevole. Invero, dopo le fasi subite dal processo d'incanto, non si saprebbe come risalire alle proposte del primo bando, che cessarono di regolare le operazioni della vendita. Il richiamo dell'art. 672 non è che indicativo dell'obbligo da adempiersi: quanto al rapporto della somma è necessario ragguagliarlo all'at-

tualità del prezzo sul quale va ad aprirsi il nuovo incanto (1).

4. Osservo che il bando ordinato dall'articolo 679, da pubblicarsi come ivi è disposto, non è soggetto a notificazioni personali.

5. *Lo stesso creditore procedente può fare l'aumento del sesto*. Questa è anche l'opinione del Dalloz e Chauveau all'articolo 708 della legge francese del 1841.

6. *Come s'intenda l'aumento del sesto quando nel prezzo sia compreso qualche onere che viene accollato al compratore.*

Tra le condizioni della vendita vi può essere che un peso del fondo rimanga, e si paghi il prezzo depurato da quello.

Per esempio, il fondo è gravato di un canone livellario, e si crede opportuno di non reaIizzarlo. Il fondo è gravato di un onere di lire 300; il prezzo della prima compera, oltre l'assunzione del livello, è di 300; dunque il complesso è di 600. L'aumento deve cadere sul complesso (Pigeau, *Comment.*, t. II, p. 335).

7. *Se più immobili sono stati venduti in massa, e per un sol prezzo, si può esercitare la facoltà dell'aumento sopra uno o alcuni di essi soltanto?*

Mi pare che intorno a tale quesito la giurisprudenza francese non sia bene determinata. Io opino che l'aumento debba farsi sul *totale*, e non possa scindersi se non sia intervenuto regolare decreto di tribunale che abbia ordinato un nuovo metodo di subasta, vista la utilità di adottarlo.

Articolo 681.

Il presidente, sulla presentazione del detto atto che il cancelliere deve fargli nei tre giorni successivi, stabilisce in fine del medesimo l'udienza per il nuovo incanto entro un termine non minore di giorni trenta, nè maggiore di cinquanta.

Il cancelliere forma un nuovo bando, aggiungendo alle indicazioni del primo l'importare del prezzo della vendita, il seguito aumento, e la data di questi due atti.

Questo bando, venti giorni almeno prima di quello stabilito per l'incanto, è notificato al compratore, al creditore istante e al debitore, e pubblicato, affisso, inserito e depositato a norma dell'articolo 668.

Articolo 682.

All'udienza stabilita si procederà all'incanto a norma dell'articolo 674. Se non sia fatta una offerta maggiore, è dichiarato compratore chi ha fatto l'aumento.

Il nuovo compratore, oltre l'adempimento degli obblighi del suo contratto, deve rimborsare il precedente delle spese già pagate.

Questa vendita è definitiva.

Annotazioni.

1. Nella sua più semplice espressione, il processo della vendita forzata consiste: in un primo incanto, che ha per base il valore della offerta di un creditore o quello di stima, che si viene però attenuando con determinate proporzioni; e in un secondo incanto, che ha per base il prezzo della prima delibera coll'aumento del sesto. A queste progressioni corrispondono tre editti o bandi: il primo e il terzo soltanto aprono il concorso pubblico e la gara verbale degli offerenti.

2. *Notificazione del bando al compratore.* La legge chiama *compratore* il primo, comechè condizionale deliberatario. All'*oblatore del sesto* la notificazione non è prescritta; la pubblicazione dell'editto, che basta per tutto il mondo, basterà anche per lui. Pure non comparendo all'asta, se non si presentano offerte maggiori, rimane compratore definitivo.

(1) Ne segue che il *decimo*, che è sempre un concetto di relazione, è molto variabile non solo di misura ma di base; ora ha per base la *offerta del creditore* (art. 633), ora il valore di perizia (art. 644), ora il prezzo della prima vendita (art. 678), ora quello stesso aumentato del sesto (art. 680).

Articolo 683.

Quando chi ha fatto l'aumento sul prezzo non promova la vendita nei termini stabiliti dall'articolo 681, è in facoltà del compratore, del debitore, del creditore istante, o di qualunque fra i creditori iscritti di farvi procedere nel modo ivi stabilito, purchè l'istanza per il nuovo incanto sia proposta nel termine di giorni quaranta da quello in cui fu fatto l'aumento.

Scaduto questo termine senza che l'istanza sia stata fatta, l'aumento proposto si ha come non avvenuto, e rimane ferma la vendita. In questo caso chi fece l'aumento e non promosse l'incanto è condannato a istanza degli interessati al pagamento di una indennità equivalente al vigesimo del prezzo della vendita, che insieme con questo sarà distribuito nel giudizio di graduazione.

Annotazioni.

1. Compilato il nuovo bando dal cancelliere, è finita la ingerenza ufficiale; spetta alle parti il ponderoso apparecchio dell'incanto e il dar corso alle operazioni necessarie. Chi ha fatto l'aumento ha interesse di ricevere la solenne conferma del suo acquisto, senza la quale egli non vince il primo deliberatario; ma l'esperienza ha mostrato che questo interesse non basta per assicurare ch'egli vorrà anche assumere ulteriori incomodi e spese per giovare forse a tutt'altri che a sè. Pentito o negligente, forse non se ne incarica: e allora la legge facoltizza gl'interessati ad agire in luogo suo. Ma se niuno risponde all'invito della legge, si cancella e si ha come non fatto l'aumento medesimo; e il primo deliberatario diventa definitivo. Ma in tal caso *chi fece l'aumento* non isfugge ad una pena che gli è applicata *sotto nome d'indennità*. L'indennità è arbitraria: non poteva esser altra, se si voleva andar via per le brevi e senza fare una lite per liquidare il danno. È abbastanza mite, perchè se trova che la sua offerta fu troppo elevata, possa liberarsene senza grave sagrificio. Questa disposizione ha la sua origine nel Codice sardo del 1859 (articolo 812): non si conobbe nelle procedure anteriori, che si limitavano ad annullare la offerta del sesto, restando definitivo il primo deliberatario.

2. Se qualcuno degli interessati ha continuato in termine il procedimento esecutivo, *l'oblatore del sesto è liberato dalla penalità?* Si può rispondere al tutto francamente, che, qualunque sia l'esito dell'incanto, e posto persino che l'incanto sia nullo, non è più tenuto. *Ma che si dirà sul diritto di delibera?* Messa la ipotesi che il nuovo incanto, promosso da altri che dall'oblatore del sesto, non ottenga offerte migliori, uscirà egli il deliberatario definitivo? (articolo 681, in principio). Perchè no? Forse è respinto in odio della sua negligenza, della stessa maniera che decade dal diritto quando l'incanto è abbandonato? Non lo credo. La prova è fatta, ed è ciò che la legge voleva; la prova è fatta, e non è riuscita perchè più utile oblatore non è comparso. Del resto nella nostra procedura non è ingiunto a chi ha fatto l'aumento di presentarsi all'asta per affermare la sua oblazione. Purchè il nuovo incanto abbia corso, ciò basta per restituire l'oblatore del sesto alla sua condizione normale.

3. La legge ammette il *compratore, debitore*, ecc., *a fare la istanza* onde si proceda all'incanto; facoltà suppletoria per altro, *che non si esercita* che qualora l'oblatore *abbia omesso di farla nel termine stabilito*. E sono i *venti giorni* prima dell'incanto, nei quali deve eseguire le pubblicazioni e notificazioni prescritte dall'art. 681. Si crea perciò un termine nuovo; termine che può anche cominciare a decorrere dopo quello stabilito all'incanto; quindi nuova destinazione all'udienza, onde siano sempre *interi* al pubblico *i venti giorni* statuiti dall'articolo 681.

4. *Se sia lecito al primo deliberatario e all'oblatore del sesto concordarsi fra loro onde cada senz'effetto l'atto d'aumento, e non abbia luogo l'incanto, e se il fatto loro sia colpito dalla legge penale.*

Gli scrittori di giurisprudenza ci rammentano l'esempio di quel procuratore che, dopo avere assistito il suo cliente nell'atto d'aumento, prese accordo col deliberatario, e mediante una somma, che fece accettare allo stesso suo cliente, si ritirò la offerta. Fu giudicato che il procuratore era reo di complicità *nel delitto di aver allontanato gli oblatori dai pubblici incanti* (cassazione, 10 ottobre 1844,

Dalloz, *Recueil pér.; Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 525), Fu similmente giudicato che *chi ha manifestato l'animo suo di proporre un aumento, indi per danaro rinuncia a questo suo disegno*, si rende penalmente colpevolo *di avere impedito la libertà degli incanti* (corto di Pau, 18 maggio 1855, Dalloz, *Rec. pér.*, 1857, tom. II, pag. 67; Morin, *Répert. du droit crim.*, v° *Enchères*, num. 3; cassazione francese, 18 marzo 1848 e 26 maggio 1848; Dalloz, *Rec. pér.*, 1848, t. I, pag. 80 e 104.

L'egregio scrittore di questa parte del *Commentario al Codice sardo* ci assicura che questa morale dottrina fu accolta ed ebbe seguito anche in Piemonte. Senonchè una notevole decisione della corte di Chambéry del 2 luglio 1855 dichiarò, che *essendo stato condannato il deliberatario per avere, con mezzi fraudolenti, impedito un aumento di sesto*, si doveva però mantenere legittimo deliberatario come già era. Io mi associo a questa conclusione, poichè le offerte aumentative, in qualunque forma si eseguiscano, *non sono condizioni sospensive della prima vendita, ma risolutive*; quindi, se per una causa, anche delittuosa, non avevano potuto aver luogo, tutto ciò non poteva retroagire sulla validità della prima delibera, che supponiamo immune da frode (1). Ma quel deliberatario non potrebbe esimersi da un'azione di danni interessi, onde troverà forse troppo caro l'acquisto, dovendo ristorare le perdite probabili prodotte dal suo fatto collusivo (2).

Articolo 684.

Le spese della sentenza di vendita, della tassa di registro, e della trascrizione della sentenza medesima sono a carico del compratore.

La tassa di registro e quella della trascrizione sono restituite se la vendita sia dichiarata nulla.

Le altre spese ordinarie del giudizio sono anticipate dal compratore, salvo il prelevarle sul prezzo della vendita.

Le spese straordinarie, cioè quelle per le istanze sugli incidenti, sono a carico di chi abbia fatto contestazioni non fondate.

L'autorità giudiziaria può dichiarare che le spese cagionate da eccezioni non fondate del debitore siano prelevate sul prezzo della vendita.

Annotazioni.

Ecco una ben divisata categoria di spese. Qualche riflesso però non sarà inutile.

Abbiam visto l'articolo 672 imporre ad ogni offerente, compratore possibile, il deposito anticipato delle spese *sino alla trascrizione*. Questa spesa (la cui applicazione è poi determinata nel seguente articolo 685, capoverso ultimo) spetta senza dubbio, con quella di registro, al compratore che risulta *definitivo*, a quello cioè il cui diritto di acquisto è sancito e stabilito dalla sentenza di vendita (articolo 685). Si è fatta distinzione *fra spese ordinarie e straordinarie*. Ordinarie saranno quelle richieste dalla natura e qualità del giudizio; e non prodotto di quei *singolari avvenimenti* che generano controversie intermedie, le quali invece di svolgere con tratto successivo la tela del processo, la interrompono. Cotali spese deve pagarle chi soccombe nell'incidente, ciò è chiaro; ma se le contestazioni sono fondate, allora, io credo, si dovrà distinguere. O l'incidente deriva dalle condizioni stesse del patrimonio oppignorato e non da errore o colpa del procedente, eccettochè questi o altri degl'interessati abbiano ecceduto nei modi di difesa, la spesa starà a carico comune, ossia si preleva dal prezzo. L'immobile, suppongo, era indiviso, e si è dovuto effettuare la divisione. O l'incidente sia causato da errore o colpa del creditore procedente o di altri, costui dovrà risponderne del proprio, non gravare lo stato; distinzioni generali e comuni nelle teorica delle spese giudiziali, alla quale il presente dettato non

(1) Altrimenti potrebbe essere annullata (art. 405 del detto Codice penale del 1859).

(2) Ricordo la disposizione dell'articolo 211 del detto Codice penale, che proibisce ad ogni uffiziale pubblico ed agente del governo di prendere interesse nelle *aggiudicazioni*, appalti e altri atti delle pubbliche amministrazioni *dei quali abbia avuto la direzione o sorveglianza*; disposizione che si estende ai magistrati ed agenti che governano la pubblica asta.

toglie punto. L'ultimo capoverso, non abbastanza preciso nella sua espressione, sembra voler dire che, sebbene le eccezioni del debitore, che produssero aggravio di spese, non siano state trovate concludenti, nondimeno è in facoltà del giudice di ordinarne il prelievo sul prezzo a favore di chi le ha anticipate, anzichè farne un separato carico al debitore che forse non ha più mezzi da pagare.

Articolo 685.

La sentenza di vendita consiste

Nel processo verbale dell'incanto in cui si riferiscono col bando le condizioni della vendita;

Nella dichiarazione di chi resta compratore;

Nell'ordine al debitore o sequestratario di rilasciare il possesso dei beni a favore dello stesso compratore;

E, se sia stato venduto il dominio diretto di beni soggetti ad enfiteusi, nell'ordine all'enfiteuta di riconoscere per concedente il compratore, e di pagare a lui le annue prestazioni.

La sentenza è notificata al debitore, e, nel caso indicato nel capoverso precedente, anche all'enfiteuta.

Se vi sia un sequestratario, è al medesimo notificato l'estratto della sentenza nella parte contenente l'ordine di rilascio.

Il cancelliere, nei dieci giorni successivi alla vendita definitiva, fa trascrivere la sentenza di vendita, sotto pena di una multa estendibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. Portandosi all'articolo 707, si è colpiti dal vedere che non è statuita sanzione di nullità alla trasgressione di veruno dei molti precetti contenuti nell'articolo 685. Rispetto alla sentenza si rifletta: 1° *Essa tiene ad una forma particolare, per cui non tutti i requisiti generali delle sentenze, indicati nell'articolo 360, si richiedono in questa*; 2° *Che altri requisiti però della legge comune sono eziandio da osservarsi anche in questo genere di sentenze sotto pena di nullità*, malgrado il maestoso silenzio dell'articolo 707.

Non si potrà far debito a una sentenza di vendita, puramente tale, di non aver esposte le *conclusioni, i motivi di fatto e di diritto.* Dopo la breve storia del processo esecutivo, essa ne dichiara la soluzione, consacra i suoi risultati, emette gli ordini opportuni; ma non decidendo una controversia, non è tenuta alla motivazione. Senonchè sogliono talvolta i giudici portare alla estrema udienza questioni incidentali che versano su qualche punto in contesa e riuniscono le cause: il che è bene previsto dall'articolo 702, capoverso. Ed allora è necessario aggiungervi *conclusioni e motivi*, o subire l'annullamento a rigore dall'art. 361. D'altro lato, non è possibile liberare questa o altra sentenza dalle formalità essenziali, quali son quelle che risultano dall'articolo 357, e num. 7, 8 e 9 dell'articolo 360.

2. Il processo verbale d'incanto è inscritto nella stessa sentenza.

3. *Ordine al debitore* o *sequestratario* (1) *di rilasciare il possesso dei beni a favore dello stesso compratore.*

A cominciare dal Codice francese sino al Codice italiano, questo precetto venne accompagnato dalla *comminatoria dell'arresto personale* (Codice di procedura francese, articolo 713; napoletano, articolo 798; sardo del 1854, articolo 801, del 1859, articolo 828). Essa è stata tolta dal corrispondente nostro articolo 685.

Diremo pertanto che non sarà più applicato questo mezzo di coercizione?

Io credo che potrà applicarsi ancora, ma temperatamente e con giusta misura, e mi spiego. Questa comminatoria annessa alla

(1) Vi potrebbe essere un sequestratario giudiziale deputato all'immobile, secondo l'art. 921.

legge di procedura, e speciale al caso, ora va a trovarsi espressa soltanto nell'ordinamento generale del Codice civile. Nell'articolo 2094, num. 2, è così scritto: « L'arresto « personale sarà ordinato... contro colui che « ha volontariamente contravvenuto ad inibi- « zioni giudiziali per l'adempimento delle ob- « bligazioni assunte col fatto della trasgres- « sione ». L'articolo 2108 del Codice albertino, num. 4, conteneva una disposizione specifica, quantunque fosse lasciato al giudice, l'applicarla secondo le circostanze. « L'arresto per- « sonale potrà essere ordinato dal giudice, « valutando le circostanze del fatto nei se- « guenti casi... contro coloro che una sentenza « proferita in petitorio e passata in giudicato, « *siano stati condannati a rilasciare un fondo* « *e che ricusino di obbedire*, in tal caso l'ar- « resto avrà luogo in virtù di una seconda sen- « tenza ». Ma le leggi posteriori di procedura, assumendo il massimo rigore, derogarono a questa mitezza.

Nel silenzio della procedura resta sola dominante la norma del Codice civile, che tien conto di una trasgressione od opposizione dulosa, ed ha un carattere di generalità che può piegarsi a più interpretazioni, giusta i fatti e le circostanze. Pertanto il giudice non fa che ordinare *il rilascio del possesso dei beni*. La sentenza non dice nulla di più. Che avviene? Se la consegna non è fatta di buon accordo, il compratore può fare i suoi atti di possesso; entrare, se vuole, col pubblico ufficiale, spedire precetti ai coloni, ecc. Fin qui non ci sarebbe ragione per decretare un arresto. Dee verificarsi ciò che la legge ha preveduto, *se si contravviene volontariamente a inibizioni giudiziali* o a precetti giudiziali: se l'espropriato persiste, se si oppone dopo che gli fu notificata la sentenza. Allora si potrà domandare e anche decretare l'arresto, previo intimo; ma sarà ancora più semplice ordinare la sua espulsione personale dalla casa abitata o dal fondo: ond'è a sperare che mai non si vegga questa scena dolorosa dell'arresto aggiungersi alle afflizioni di un padre di famiglia.

E perchè non dovrebbero piuttosto usarsi i mezzi cautamente ordinati nell'articolo 743 e seg. della procedura relativa al *rilascio degli immobili?* Invero non potrebbe mai farsi a chiedere un mandato d'arresto personale chi non avesse già presa questa via imperativamente segnata dalla legge, e che molto bene risponde al suo scopo.

4. *Estensione del diritto di possesso.*

La sentenza di vendita, o per sua propria dichiarazione o per relazione ai bandi, contiene la enunciativa dei fondi e degli accessorii che servono all'istruzione, qualvolta sia stato venduto il *fondo istrutto*. Io non sono d'avviso, qualunque cosa voglia dirsi rapporto alla *vendita volontaria*, che gli accessorii che servono alla coltivazione ed istruzione, o mobili, per destinazione immobili, si possano riputare di pieno diritto compresi nella vendita all'asta, quando non si abbiano argomenti di fatto per così ritenere. (È anche l'opinione del Chauveau, quest. 2004). Dato che vi siano compresi, allora sarà da ammettersi facilmente che quegli attrezzi ed istrumenti, che il proprietario avesso nel corso del processo sostituiti ad altri logori o mancanti, entrino nel cómpito dell'acquisitore (Dalloz, *Répert. vent. publ. d'imm.*, num. 1791, 1792).

5. *Da qual momento si considera il deliberatario nel possesso di diritto, esistendo l'appello?*

Dal giorno del deliberamento definitivo. Se l'appello sospende l'esecuzione materiale della sentenza, alla conferma il deliberatario ricupera i frutti che altri avesse raccolti nel mezzo tempo; e gli devono essere rifatti i danni che avesse patiti nella sua proprietà (Favard de Langlade, tom. V, pag. 73, n° 3; Chauveau, quest. 2404 ter).

6. *A chi incomba il pericolo della cosa messa all'asta nell'intervallo dopo la prima aggiudicazione o delibera, e dopo l'offerta del sesto.*

Pigeau ha detto: « *Si le bien périt ou se* « *détériore* depuis la surenchère, c'est pour le « compte de l'adjudicataire, et non pour l'en- « chérisseur » (tom. II, pag. 236). Nota in principio ch'esso non tien conto dell'*aggiudicatario provvisorio*. Tale aggiudicazione chiamasi anche nell'ordinamento francese *preparatoria:* e avviene per quel prezzo qualunque (mise à prix) che è stato offerto dal creditore procedente. Appresso, e dopo non poche formalità e pratiche, ha luogo l'aggiudicazione o delibera *definitiva*, a cui succede l'aumento del quarto, una volta, ora del sesto (articolo 710 del Codice di procedura del 1807, articolo 708 dell'attuale). Secondo quel sistema, non si ammetteva *al concorso che l'aggiudicatario e colui che propose l'aumento del quarto*, a carico del quale si passava alla rivendita ove avesse declinata la gara; una radicale mutazione si fece colla legislazione del 1841, come si è detto più volte, ma ciò non interessa il presente argomento. Partendo pertanto dal punto dell'aggiudicazione o delibera che dicevasi, come si dice anche oggidì *definitiva*, benchè esposta ad altre riprove e saggi d'incarimento,

quell'autore propose la dottrina che dal Carré, dal Chauveau e dal Favard de Langlade è stata anche approvata, che *se il fondo perisce dopo la prima aggiudicazione, dopo l'offerta del sesto*, e correndo i termini in cui dovrebbe seguire la seconda delibera, *perisce all'aggiudicatario.*

Io credo che per noi pure sia da adottare la stessa dottrina. Veramente il processo della prima delibera è compito. L'offerta dell'aumento del sesto non equivale ad una nuova delibera surrogata alla prima; *essa non è che la condizione di un nuovo incanto.* È bensì impegnativa, non potendo l'offerente nè ritirarsi nè declinare il nuovo incanto di cui, anche non presentandosi, subisce le conseguenze; ma non si è deliberatario e acquirente dell'immobile, se non si è dichiarato tale nell'atto solenne in cui è convocato il pubblico. Se l'offerente del sesto non potrebbe in verun caso pretendere alla posizione di deliberatario effettivo prima dell'incanto che sussegue la sua offerta, non si potrà volerlo già divenuto deliberatario effettivo per imporgli il pericolo della cosa. Laonde, ove posteriormente alla prima delibera, prima o dopo l'offerta del sesto, non seguito il secondo incanto, fosse stato consunto dal fuoco l'edifizio deliberato, *teoricamente parlando*, il primo deliberatario dovrebbe portare la perdita.

Può in contrario osservarsi ch'esso non è ancora in possesso; che il dominio di lui non è perfetto; la sentenza non è stata pronunciata, nè quindi ha avuto luogo la trascrizione del nuovo dominio, e la traslazione nei rapporti della pubblicità; che infine dall'esito dei successivi esperimenti la stabilità del suo acquisto dipendeva. Gravi riflessi senza dubbio. Nondimeno sono perentorie risposte; che il dominio non può rimanere sospeso; che la vendita è risolubile presentandosi migliorie di prezzo, ma per sè è *pura* (1). Il pericolo si trasmette al compratore per effetto del consenso e senza necessità di tradizione (articolo 1125 del Codice civile.

Che diremo del possesso? È vero che il possesso non è che un accidente della proprietà, ma bisogna ben distinguere fra il *non avere il possesso*, che è un fatto; e il *non poter avere il possesso*, che è diritto. Se il primo deliberatario è tenuto *legis imperio* lontano dal possesso, sarà agevole far valere questo argomento, aggiunto agli altri, onde dedurre esser ancora immatura e dubbia la sua posizione di proprietario. Che poi sia così, che non sia obbligato il debitore espropriato a dimettere il fondo, che non debba cioè considerarsi ancora espropriato, è reso manifesto dall'articolo 685, parte prima, non rilasciandosi l'ordine di espulsione che colla pronuncia della sentenza che sancisce il deliberamento definitivo. Che pertanto? Un deliberatario che non ha neppure azione per entrare nel possesso, tanto la sua condizione è precaria, e per conseguenza (conseguenza che cade a fil di logica) non ha le comodità del fondo, dovrà subirne il pericolo, e perderlo se occorra, prima di averlo avuto in potere, esposto tuttavia al pagamento del prezzo?

Di questo stato intermedio fra la prima e l'ultima aggiudicazione, e dei rapporti di diritto che si formano in questa particolare condizione della proprietà, la legge non si occupa, e crede bastare i principii generali. E sia pure. Ma è proprio vero che nessuna sorta di possesso e nessuna comodità del possesso spetti al primo deliberatario? Se questo nucleo obbiettivo si solve, la questione stessa sembra risoluta.

Veramente il possesso materiale e di fatto, libera disponibilità, non è concesso al primo deliberatario, come non lo sarebbe al secondo, fintantochè il processo di spropriazione prosegue il suo corso. Vi si oppone una convenienza pratica che si approssima alla necessità, al fine di non tramutare l'immobile di mano in mano, e giova aspettare il termine dei procedimento e l'ultimo risultato della lizza. Io per altro mi persuado e son fermo nel ritenere, che il deliberatario avrà tutto il diritto di *chiedere la nomina di un terzo sequestratario*, inerendo alla disposizione dell'articolo 2085 del Codice civile. Il quale sequestratario amministrando per chi di ragione, rappresenterà lo stesso deliberatario che possederà con sufficiente efficacia giuridica per mezzo suo (2). Ora siamo alla controversia dei frutti. *Se il primo deliberatario è anche l'ultimo*, se passando attraverso la gara e superando i competitori, si mantiene sempre

---

(1) Qui taglia perfettamente la nozione dell'*addictio in idem:* « Si quidem hoc actum est *ut meliore allata conditione, discedatur*... erit *pura* emptio... ubi igitur secundum quod distinximus, pura venditio est, Julianus scribit, hunc cui res addicta est, *et usucapere potest, et fructus et accessionis lucrari*, et PERICULUM *ad eum pertinere*, si res interierit » (Leg. 2, Dig. de in diem addict.).

(2) Similmente il deliberatario può far garantire l'edifizio degli incendi, e ricuperare la spesa se non rimane deliberatario.

deliberatario, i frutti, a non dubitarne, sono suoi *sino dal giorno della prima delibera*. Ciò logicamente accade qualunque volta non vi siano altre offerte, altre gare, e non sia possibile ultro esperimento d'incanto: e segue da tutto questo che, se il primo deliberatario si carica del pericolo, egli non è privato del vantaggi della proprietà, compatibilmente collu situazione giuridica, affatto eccezionale, e che non ostante è pienamente conosciuta dagli acquirenti ai pubblici incanti (1).

Articolo 686.

La vendita all'incanto trasferisce nel compratore soltanto i diritti che appartenevano sui beni immobili al debitore spropriato.

Annotazioni.

1. *Varietà dei sistemi.*

Due sistemi furono in presenza. Uno attribuiva efficacia veramente esagerata alla vendita giudiziale. Secondo la Legge del 9 messidoro, anno III, articolo 149, che rappresentava un'opinione che sin allora aveva prevalso nei parlamenti di Francia, la vendita giudiziale per espropriazione forzata *purgava lo immobile da ogni diritto di proprietà, come d'ipoteca*. La Legge dell'11 brumaio, anno VII, adottò il diverso sistema che ha finito col trionfare in tutte le legislazioni. Il deliberamento trasferisce nel deliberatario *i diritti soltanto che competevano e come competevano al debitore spropriato*; e non è la prima volta che i nostri codici di procedura proclamano questo principio.

Il nostro sistema è assoluto. La Legge di messidoro poneva un limite di tempo alla rivendicazione dell'immobile: dieci anni. L'articolo 731 del Codice di procedura francese del 1807 professava il principio senza restrizioni pratiche; nelle discussioni fatte alle camere nel 1841, fu questa una delle più vive, e ne provenne una modificazione poco lodata, e fu questa: che non si potesse mai intentare azione contro l'acquirente giudiziale *per causa di non essere stato pagato il prezzo di vendite anteriori*, eccettochè non se ne fosse inoltrata domanda al tribunale prima della delibera.

L'acquirente all'asta pubblica *è il successore singolare del debitore spropriato*, come qualunque altro compratore del venditore; o con queste parole la sua posizione in faccia ai terzi è sufficientemente definita.

Se chi vanta diritti a rivendicare l'immobile esercita le sue azioni *prima che segua la delibera*, giova a sè e rende un vero servizio a chiunque ha in animo di acquistare; ma non può esser imposto nè questo nè ultro termine che non sia nella legge generale, all'esercizio del suo diritto. Condizione grave per certo, non potendo l'acquirente per verun dubbio o sospetto ch'egli abbia di future molestie, ritardare il pagamento del prezzo, ma inevitabile

2. *Della purgazione ipotecaria.*

Restano i pesi reali dei fondi (2); le ipoteche si trasportano sul prezzo. Non è più dubbio che la *trascrizione* non sia necessaria per chiudere la porta in faccia a qualunque ipoteca in nome dell'antico proprietario. L'articolo 685, capoverso ultimo, ne fa carico al cancelliere; ad ogni modo la esige. Ma finchè la trascrizione non sia effettivamente seguita, scorrendo un termine di comodo di dieci giorni, dopo la prolazione della sentenza, non potrebbero iscriversi altre ipoteche? E ciò può bene arrivare, e tutte verranno a riposare sul prezzo.

È questa una qualità di *purgazione ipotecaria* che si opera per ministero di legge; è l'effetto del deposito del prezzo, almeno per quanto riguarda le ipoteche apparenti da iscrizione. L'articolo 692 della legge francese sull'esecuzione immobiliare del 1841, pel quale è ordinata la *citazione dei creditori iscritti*, eccitò non lieve apprensione nel mondo forense. I creditori ipotecari, osserva il Boitard, avevano sommo interesse per essere notificati dello stato delle cose; ma gli ipotecari *non iscritti* si trovano bene in una singolare e poco invidiata condizione, rimanendo legalmente estranei a tale cognizione, salvo ciò che potrebbero apprendere dalle pubblicazioni. Se non che dal 1833 in poi, per testimonio del

(1) Ho consultato il commento dell'esimio Scialoia dopo avere scritto questo paragrafo. Ora mi conforto anche della sua autorevole opinione (vol. V, parte I, pag. 512). Quanto al rapporto che l'*aumento del sesto* ha colla prima delibera, e quanto alle *rinnovazioni ipotecarie* io debbo discostarmi da alcune delle teorie ivi espresse, attese le nuove disposizioni del nostro regolamento.

(2) Servitù — usufrutto — dominio diretto.

citato autore, si venne fissando una giurisprudenza che ritenne non essere comprese in questa purgazione le ipoteche legali, e la massima fu accettata completamente nella riforma legislativa del 1841.

La notificazione del bando prescritta nel nostro articolo 668 è il vero preliminare della purgazione ipotecaria, che più tardi seguirà per opera della legge, e darà luogo al concorso dei creditori iscritti sul prezzo. Noi non conosciamo fortunatamente le ipoteche tacite. Per gl'iscritti *posteriormente* provvede con saggia cautela lo stesso articolo 668 nel quarto capoverso.

Grave sarebbe certamente al compratore la conseguenza di non essere state praticate le necessarie notificazioni a taluno dei creditori iscritti, che rimanendo tuttavia attaccato alla proprietà, metterebbe in pericolo il suo acquisto.

3. *Della rinnovazione delle iscrizioni ipotecarie.*

Nel corso del processo esecutivo vi è forse un momento nel quale possa dirsi che l'ipoteca non ha più ragione di esistere sull'immobile, trasportandosi sul prezzo? Quale sarà questo momento? Tutti sanno come questa incognita abbia tormentato la giurisprudenza. Troncate le esitanze e gl'incerti periodi, il nuovo Codice civile ha fissata una regola che basta accennare. « Nel caso di spropriazione forzata « (cessa l'obbligo della rinnovazione) *colla « iscrizione dell'ipoteca legale nascente dalla « vendita all'incanto* contro il compratore per « il pagamento del prezzo, a norma dell'arti- « colo 2089 » (articolo 2003).

4. *Dell'azione in rivendicazione dopo la delibera.*

Essa si esercita, come ogni altra, contro l'occupatore della cosa di cui abbiamo la proprietà. Alcuni scrittori hanno consigliata la *via dell'opposizione di terzi* (Thomine, Persil), altri l'ha formalmente negata (Chauveau). I primi non concedono neppure l'azione possessoria, l'altro la reputa giusta e necessaria. Io credo che anche l'opposizione di terzo sia ammissibile; non saprei neppure come potesse privarsi dell'azione possessoria il proprietario o altro possessore legittimo spogliato del suo possesso per un funesto e inconcepibile errore materiale, che ha ravvolto, per causa d'esempio, un suo podere fra quelli che legalmente si mandarono all'asta (V. la dissertazione del Chauveau alla quest. 2408).

5. *Dell'azione che spetta al deliberatario per la ricupera del prezzo in caso di evizione.*

La dottrina sembra omai risoluta nel senso che il deliberatario non ha una propria e vera azione di garanzia. Pothier dice: « Cette « vente a cela de moins que les ventes con- « tractuelles, qu'elle *ne donne point à l'adju- « dicataire d'action en garantie*, en cas qu'il « souffre éviction de ce qu'on lui a été adjugé ». Quantunque al deliberatario evitto non competa azione di garanzia, equità vuole che *possa ripetere il prezzo che ha pagato* « en totalité « s'il souffre éviction du total, ou en propor- « tion de la partie dont il souffre éviction ». Quelli che hanno ricevuto il prezzo sono i creditori o pur anche il debitore, se parte di quello è ricaduta in mano sua. Voet (*ad Pand.*, tit. *de evict.*) insegnò questa dottrina prima di Pothier; vi aggiunse il peso della sua autorità il Troplong (*De la vente*, num. 432), e questi giureconsulti maggiori sono seguiti da molti altri (1). Il Pigeau, accordando l'azione in garanzia, *contre le saisi et les créanciers*, non si formò un criterio esatto, mentre l'azione in garanzia non si dirige logicamente che contro il venditore; ora qual è il venditore? Non certo i creditori che si giovano della vendita, che anche la promuovono, ma non vendono essi; molto meno vendono la cosa come propria. Non il debitore, che malgrado suo è spogliato; se fosse permessa quest'immagine per contrassegnare chi è colpito dalla giustizia, direi è la vittima. Chi vende è la giustizia stessa, dice Troplong: ecco tutto. Abbia dunque il deliberatario evitto la *condictio indebiti*: è quanto può pretendere, dicono gli autori, che non possono dissimularsi la poco allettante condizione di un acquirente giudiziale.

In sostanza non si sa bene su qual base collocare quest'azione d'equità che si attribuisce al compratore giudiziale; e si è chiamata *azione d'indebito*, benchè, paragonandola con questa nozione giuridica, si trovi ben vacillante nei suoi estremi (2). Ciò che importa si

(1) Concludono per l'azione in garanzia, oltre il Pigeau, Persil padre (tom. II, pag. 217), Delaporte (tom. II, pag. 329), Favard de Langlade (tom. V, pag. 73, num. 2).

(2) Voet, che ritrae da quella scuola di giureconsulti ai quali fu mirabile pregio la precisione del linguaggio, non accenna ad una *condictio indebiti* ma ad un principio generale di equità. « Cum ini- « quum sit illud (pretium) *sine notabili emptoris « culpa*, in lucrum cedere vel iniquo possessori, vel « creditoribus aut debitori » (*De evict.*, num. 5). Lo stesso compratore *può essere in colpa* e perdere il beneficio, se negligente nell'esaminare i titoli e i documenti, ecc.

è, che quelli che vantavano proprietà o diritti reali su quell'immobile, non devono lucrare di ciò che ad essi non apparteneva, con iattura del compratore. Vero è che i creditori non hanno venduto, che non sono tenuti ad una garanzia, che non hanno promesso, neppure implicitamente: milita però contro di essi, ed a favore del deliberatario, quella stessa ragione per la quale deve restituire il prezzo il venditore che *ha stipulata la esclusione della garanzia* (articolo 1485 del Codice civile).

Ciò in principio, e senz'altro distinguere l'*epoca della evizione*, per rilevare il valore della cosa, *quasi si trattasse di danni e interessi*, che infine è la vera e schietta formola della *garanzia*. Non intendo proprio come gli autori ne vengano disputando, ma un po' di confusione mi sembra entrata in questo campo quasi abbandonato dal legislatore.

Ammessa pertanto un'azione *per la ripetizione del prezzo*, il pagato dal deliberatario sarà la norma della restituzione; se non sarà stato evitto che in parte, ripeterà la parte in proporzione dei pagamenti eseguiti ai singoli creditori. O piuttosto gli ultimi creditori graduati dovranno ai primi restituire, ascendendosi di mano in mano agli anteriori se trattasi di creditori ipotecari.

5. *Se il deliberatario che è stato evitto di una parte dell immobile possa chiedere la risoluzione della delibera, anzichè la restituzione della parte proporzionale del prezzo.*

Il fondamento della risposta affermativa si avrebbe in quel definito del Codice civile, articolo 1492. « Il compratore che ha sofferta « l'evizione di una parte della cosa, e questa « parte è relativamente al tutto di tal entità « che non avrebbe comprato il tutto senza la « parte colpita dall'evizione, può far sciogliere « il contratto di vendita ».

Questo punto di giurisprudenza è ancor meno confermato dell'altro. La dottrina è, si può dire, appena delineata; le opinioni sono incerte. In mezzo a tutto questo havvi una massima che generalmente si riconosce vera, che *le disposizioni del Codice civile sulla compra-vendita volontaria, se hanno quella relazione che può dedursi dal loro valore analogico non sono applicabili come diritto positivo.* Nondimeno il Chauveau, che è pure di questo parere, crede che il deliberatario in cotali emergenze possa chiedere lo scioglimento della compra; diritto che, secondo lui, bisogna tener fermo nell'interesse del commercio, o nella giusta protezione che si deve accordare agli acquisti fatti per asta pubblica (quest. 2410). Persil, padre, professò un'altra opinione (tom. II, pag. 219). Carré e Favard de Langlade tengono piuttosto la prima. Siamo, come ho detto, sopra un terreno poco battuto, ed è lecito azzardare il proprio avviso. Per la stessa ragione dell'interesse delle aste giudiziali, io mantengo che questo non può essere nello spirito della legge. La risoluzione della delibera per cause estranee al compimento delle formalità, e meramente *soggettive* (in quanto cioè si sarebbe o non si sarebbe acquistato in una data condizione di cose), non si può ammettere. Violenta retrocessione che, in un tempo fors'anche remotissimo, farebbe rinascere le azioni estinte; i diritti definiti resplngerebbe, per così dire, nel passato; le ipoteche che più non sono, dovrebbero risorgere: *parce sepultis!* In siffatte evenienze io non posso ammettere che *ciò che è strettamente la conseguenza necessaria* del nuovo stato di cose, quelle riparazioni che sono imperiosamente reclamate dall'equità; e si è costretti a ripetere, che l'acquirente all'asta pubblica ha bisogno più che altro compratore di bene informarsi, e di confidare più nei documenti della proprietà che nelle azioni di rilievo.

Articolo 687.

Le locazioni fatte dal proprietario precedente sono efficaci anche contro i nuovi proprietari, purchè abbiano data certa anteriore alla notificazione del precetto, senza pregiudizio di ogni diritto che il locatore si fosse riservato per il caso di alienazione.

La locazione non è mantenuta se sia stata fatta in frode. La frode si presume se il fitto sia inferiore di un terzo a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti.

Il pagamento dei fitti e dei canoni anticipati non si può opporre al compratore, salvo che sia fatto in conformità della consuetudine locale.

(1) La seconda condizione fu un portato della giurisprudenza posteriore.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** Il creditore, messo in possesso dei beni del debitore per autorità del giudice; poteva vendere i frutti o locare il fondo se già il proprietario non lo avesse fatto. « Nam si jam a debitore vel locatus erat vel « venierat, *servabit prætor venditionem et lo- « cationem a debitore factam etsi minoris « distractum est vel locatum*, nisi in fraudem « creditorum hoc fiat » (Leg. 8, Dig. de bonis auct. jud. poss.). Il diverso principio che dominava nelle vendite volontarie, aveva fondamento *nella teoria dei rapporti personali* prodotti dalle obbligazioni; laonde il compratore, che non aveva stipulato che col proprietario, non avrebbe potuto astringersi a riconoscere l'affittanza fuorchè esistendo una di queste condizioni: o che *ea lege emisset*, avesse accettato quello stato di cose come forma del contratto; o il conduttore avesse acquistato o per ipoteca o per altro modo, un diritto reale sul fondo (Leg. 2, 5 §§ 1, 32 Dig. loc. cond.; Leg. 9, Cod. de loc. et cond.) (1). Il venditore, in pena della sua negligenza o mala fede, doveva sopportare tutte le conseguenze del danno verso il conduttore; e così nel concetto dei giureconsulti si equilibravano i diritti. Ma ove si trattasse di *vendita forzata e necessaria*, quantunque i rapporti giuridici fra il compratore e l'affittuario non fossero meno estranei, si trovò che sarebbe impossibile di caricare sulla testa del proprietario lo stesso peso: del proprietario non volente, ma suo malgrado e per una forza ch'egli stesso doveva subire, spogliato del fondo. Allora per non poter fare di meglio, convenne dire: *prætor servabit locationem*. Vera ferita al *principio dell'azione personale*, prodotta dalla legge delle necessità.

Il canone nascente dalla Leg. 9, Cod. de loc. et cond. ebbe lunghissimo regno, e giunse sino alla soglia dell'articolo 1743 del Codice Napol. che, rovesciando la medaglia, dettò in questo modo: « Se il proprietario vende la cosa locata, « il *compratore non può espellere l'affittuario* o « *l'inquilino*, il quale abbia una scrittura di lo- « cazione autentica o di data certa, purchè il « proprietario stesso non siasi riservato un tale « diritto nel contratto di vendita ».

In Piemonte le RR. Costituzioni avevano serbato il deposito dell'antica dottrina quanto alle vendite volontarie; quanto alle aggiudicazioni, alcune modificazioni portarono alla tradizione romana: si rispettassero *gli affittamenti durevoli per tre anni*, purchè non fatti in frode, salvo all'aggiudicatario la facoltà di riconoscere o no gli affitti per un tempo maggiore (Lib. III, tit. XXXII).

Il Regio Editto 19 ottobre 1819, rispetto alle locazioni volontarie, stanziò che non potesse l'alienazione risolverle per se stessa ove non fosse la risoluzione preveduta nel contratto; e rispetto alla vendita forzata, impose che si dovessero rispettare le locazioni per qualunque tempo, *purchè fatte per mezzo di pubblici incanti*. Qualche modificazione aggiunse il Regio Editto del 1822, (articolo 123) specialmente per caso di frode e di fitti anticipati. Poi venne l'articolo 1750 del Codice civile, che si appropriò la disposizione relativa del Codice Napoleone.

A fianco della legge del Codice civile che riassumeva il pensiero moderno intorno a questa combinazione, restava quella che disponeva dell'alienazione forzata; fondata sullo strano concetto *di locazioni eseguite per pubblici incanti*, e che non s'ispirava a veruna tradizione, e non aveva realtà pratica quando il Codice portò la luce del suo articolo 1750. Fu anche udita la voce eloquente di un magistrato che sostenne, lo stesso principio razionale doversi estendere alle vendite forzate. Il che fu indarno; ma fa onore a quel giureconsulto l'avere preconizzato per forza di ragione ciò che più tardi si vide convertito in legge mediante l'articolo 817 del Codice di proc. del 1854 (1). (*Commentario al Codice sardo*, 1850, vol. v, part. I, pag. 552).

La disposizione passò nell'articolo 844 del Codice seguente; ed ora è riprodotta nel nostro col corredo di una lunga esperienza.

2. *Data certa.*

La teoria moderna pone che il proprietario che ha già venduto i redditi della casa (i frutti per un certo tempo, o l'uso e il diritto di goderne) non possa più disporre che di ciò che gli rimane; non s'interessa se il conduttore abbia un'azione *personale* o *reale* da spiegare contro il successore del proprietario per resistere alla invasione del compratore e far rispettare il suo contratto. In questo aspetto la teoria è molto più razionale dell'antica. Il conduttore ha causa dal proprietario e ritiene per effetto del diritto che gli ha trasmesso; e quanti si evitino ingiustizie ed inconvenienti non è chi non vegga. Certamente l'affittanza

(1) Quel magistrato, che nomino a causa d'onore, fu il comm. Bussolino, avvocato generale alla corte suprema sedente in Torino (causa De Benedetti-Devoli, Bellini, 1852, part. I, pag. 202 e seg.).

dovrà essere annunciata nei bandi; ma se non si facesse, il conduttore non cadrebbe dal suo diritto, bensì il deliberatario si rivolgerebbe pei danni e interessi *contro il creditore procedente* che aveva l'obbligo di enunciare le condizioni del fondo.

Ma prudentemente si richiede la *data certa anteriore alla notificazione del precetto*; o risulti da atto autentico o da registrazione, o ricognizione giudiziale della scrittura. *Data certa*, intendiamo *data legale*; niun mezzo può supplirvi.

3. *Della locazione in frode.*

È uno di quei periodi sospetti che la legge veglia attentamente. La *certezza della data* è già il primo riscontro della verità. Fuori di questa non si dirà che la locazione è fatta in frode: si dirà che non esiste. Ma la data certa non basta; tutte le convenzioni fraudolenti si rifugiano per prima cosa sotto la protezione di una formalità estrinseca. In due modi principalmente si esercita la frode delle locazioni: sul corrispettivo dei frutti; sul tempo. La legge nuova, sgombrando le vecchie incertezze, infinite per chi si regolava secondo la giurisprudenza del diritto comune, si avanza sull'uno e sull'altro campo, e vi pianta, a così dire, i suoi termini. Un corrispettivo, *inferiore di un terzo al reddito reale, o alle locazioni precedenti*, fa *presumere* la frode. Ma non è ancora la frode; si può provare il motivo onesto della diminuzione. I proprietari, nel presentimento di perdere il fondo, sogliono fingere *anticipazioni di fitti*, ed è qui dove la legge spiega tutto il rigore. A fronte del quale si può dire che la frode è rimasta senza interesse.

Articolo 688.

I frutti reputati immobili si vendono secondo le norme stabilite nel Capo VI del Titolo precedente. Il prezzo è depositato nella cassa dei depositi giudiziali per essere distribuito nel giudizio di graduazione.

Annotazioni.

I frutti civili sono immobilizzati al pari dei frutti naturali *dalla data della soscrizione del precetto*, come si disse a suo luogo. Così la immobilizzazione in seguito della trascrizione si *opera di diritto*, e siccome poi la vendita di quelli, se trattasi di frutti naturali, si esegnisce colle norme dei beni mobili, non si denunciano nei bandi, molto meno si riportano in qualche processo verbale separato come usano i francesi che mantengono il sistema *del pignoramento* (Maleville, all'articolo 520 del Codice civile francese). Pertanto i frutti che maturano, o si staccano dal suolo dopo quel tempo, formano un capitale separato dall'immobile, comunque si chiami immobilizzato, il che non vuol dir altro fuorchè i frutti seguono il destino dell'immobile, *quanto allo scopo della loro realizzazione*, e quindi sono sottratti alla fruizione del proprietario. Ciò non impedisce che il modo della vendita non debba esser conforme alla loro natura. Il processo esecutivo per questo adunque cammina distinto e con tutte le regole della vendita delle cose mobili. Possono vendersi di tratto in tratto, o in una sol volta, facendone deposito a senno e volontà del giudice. Il giudice sarà sempre il *tribunale civile* investito com'è della causa principale a cui questa accede.

Questo corso di frutti continua a favore dei creditori fino all'aggiudicazione o delibera, secondo le norme che abbiamo divisate discorrendo dell'articolo 686, e il loro prezzo accresce a quello dell'immobile e de' suoi accessorii.

Di alcune norme generali e speciali relative al processo di espropriazione.

(Articoli 674, 675, 695, ecc.). Tratto dalla seconda edizione.

Riassumere in pochi tratti generali alcune parti di questo sempre grave soggetto: e fermarsi sopra qualche disposizione meno illustrata, e quindi meritevole di attenzione, mi parve opportuno (1).

Della base di prezzo d'incanto.

La base del prezzo d'incanto, secondo il nostro sistema, è duplice e facoltativa. La stima: l'offerta del creditore procedente, e di qualunque creditore iscritto (articoli 663, 664).

(1) Occasione ad alcuni di questi rilievi mi diede una sentenza della corte suprema di Torino del 22 dicembre 1868 (Bellini-Giuriati, part. I, pag. 985), nella quale io pure diedi voto, magistralmente redatta dal cons. Cassiano.

Nel primo case la stima è commessa a periti (articolo 664), e il valore di stima è riportato nel bando (articolo 665). Il primo tentativo dell'incante è quello di superare o almeno uguagliare la stima; se nen gli riesce, si fa giudizio che il prezze domandate sia troppo alto; facoltà è data al tribunale di ribassarle di decimo in decimo, finchè si trovi un compratore che se ne contenti (art. 675).

Procedendosi col sistema della efferta, il creditore istante esibisce la propria offerta insieme all'atto di citazione, colla quale promuove la vendita (art. 663); e ciò non facendosi da lui, ogni creditore iscritto può farlo finchè non sia nominato il perito per la stima (art. 664), perchè la legge favorisce questa tendenza dei creditori all'acquisto del fondo.

Fermando allora l'offerta (secondo le norme del suddetto articolo 663) il primo prezze dell'incanto viene, come di ragione, enunciato nel bando. Se non havvi di fuori altro compratore che superi la offerta, il creditore offerente è dichiarato aggiudicatario (art. 675).

In due evenienze è rinnovabile il bande prima della vendita: 1° se per una causa qualunque (1) l'incante non abbia avuto luogo nella udienza stabilita articolo 671); 2° non siansi raccelte offerte pareggianti la stima (articolo 675).

Il bando si rinnova dope la vendita per tentare l'aumento del sesto (art. 679).

Della rinnovazione del bando nel caso dell'articolo 675, e del termine ad assegnarsi per la nuova udienza.

Facciamo pausa sull'articolo 675, intorne al quale nasce una questione. Invero quell'articolo non ordina che il bando sia ripubblicate. Certo che il primo tentativo d'incanto è caduto, che un altro se ne imprende in una udienza diversa, e con variazione del prezzo. Se questo nen è il caso di rinnovare il bando, non si quale sia. È deplorabile il silenzio della legge; ma l'analogia coll'articolo 671 è troppe evidente (2). Altri ha stimato che eltre ciò la udienza del nuovo incanto non possa aver luogo se non dopo un intervallo netto di quindici giorni, per lasciar campo a quelli che volessero suscitare questioni di nullità: pretensione eccessiva, ma che a primo aspetto sembra accusare una certa inesattezza della redazione.

Le eccezioni di nullità, dice l'articolo 695 « devono proporsi quindici giorni prima della « udienza dell'incanto ». Ora si obbietta, qualora nullità fosse intervenuta nell'ultima udienza, ceme potrebbe denunciarsi se, ad esempio, mi fissate la nuova udienza a soli otto giorni? È vero, ma non è il solo caso. Per l'art. 674, ove l'incanto non possa compiersi nella stessa udienza, viene continuato *nel giorno seguente non festivo*, lungi che sia per assegnarsi una dilazione di quindici giorni, almeno per favorire le querele di nullità. Eppure in quella medesima udienza, o in altri atti contemporanei, delle violazioni di rito potrebbero esser corse. Che significa questo? Che il legislatore non *ammette la discussione di tutte le nullità possibili*, essendo peggiore inconveniente per lui il differire, il procrastinare e l'aggiunger tempo a un processo già troppo lungo. Ora chi farebbe una tale correzione al disposto semplice dell'art. 675, che nient'altro richiede se non l'incante sia portate ad un'altra udienza, certo perchè se ne porga avviso al pubblico? Non è dunque tenuto il tribunale a differire per oltre quindici giorni la nuova udienza, ma può destinarvi tempo più breve (3).

Quando il debitore debba citarsi nel corso del processo di spropriazione: quando gli atti debbano essergli notificati, e quando della notifica tenga luogo la pubblicazione.

In tutto il corso del processo non troviamo ordinata la citazione del debitore, fuorchè nella istanza di vendita (articolo 662). È in realtà l'atto più importante di tutte il processo; la serie degli atti che vengono appresso non è che la esplicaziene, e potrebbe anche dirsi la esecuzione di questo comando del magistrato di sua natura inappellabile. Al debitore rimane ancera tempo, come si rilevò in altro luogo, per esporre le sue difese contro il diritto della esecuzione, e sfuggire al disastro che gli è minacciato. D'allora in poi cessa nel creditore l'obbligo di citare il debitore. Non si procede però nella inscienza ed in occulto dal debitore; egli vede spiegarsi sotto i suoi occhi la tela del processe; egli ne è informate.

(1) *Incidente*, dice l'articolo 671 con espressione legalmente impropria.

(2) Il bando indicherà il giorno della nuova udienza, ripeterà la base del prezzo, con dichiarazione che avranno luogo i ribassi autorizzati dall'articolo 675. Tutto ciò il pubblico non può indovinarlo.

(3) La corte suprema di Torino, nella indicata decisione, non ammette che in ipotesi l'applicazione analogica dell'articolo 671 relativamente alla rinnovazione del bando, ma in quel caso era già stata pronunziata la sentenza di vendita; posto il qual fatto, disse che ogni eccezione di nullità era divenuta improponibile.

È informato per la notificazione della sentenza di vendita (articolo 666); per la notificazione del bando anteriore alla vendita (articolo 668), e di quello posteriore, concernente l'aumento del sesto (art. 681); per la notificazione infine della sentenza di aggindicazione (art. 685). A quanto possa vedersi d'imperfetto in siffatto ordine di comunicazione al debitore, supplisce la pubblicità che domina in ogni parte di questo processo.

§ 3.

Della rivendita.

Articolo 689.

Quando il compratore non adempia gli obblighi della vendita, qualunque creditore, conformandosi alle disposizioni dell'articolo 665, può chiedere con citazione del compratore in via sommaria che i beni siano rivenduti a spese e rischio di lui.

Ordinata dal tribunale la rivendita, e stabilita l'udienza per la medesima, il cancelliere forma un nuovo bando in conformità dell'articolo 667, il quale deve inoltre contenere l'indicazione del nome, cognome e domicilio del compratore, e del prezzo della vendita precedente.

Annotazioni.

1. Questa legge è generale; non parla nè di primo nè di secondo deliberatario, ma qualunque *non adempie agli obblighi della vendita* vede ripetersi l'incanto a proprio scorno e danno gravissimo. Nondimeno è chiaro, non essere in questa sanzione compresi che i veri deliberatari, quelli che furono proclamati nell'asta pubblica, non l'*incaritore del sesto*, che non è già un deliberatario, come si avvertì trattando dell'articolo 683, e contro il quale quell'articolo è propriamente scritto.

2. *Del compratore che non adempie gli obblighi della vendita.*

Torniamo un po' indietro. Era scritto nell'art. 819 del Codice di procedura del 1859; « Il dominio non è acquistato irrevocabilmente « al deliberatario se non dopo il pagamento « del prezzo..... Finchè il dominio non è acqui« stato irrevocabilmente al deliberatario, nes« suno dei di lui creditori potrà promuovere « la subasta del fondo ».

Se il pagamento del prezzo della vendita giudiziale debba considerarsi quale *una condizione sospensiva*, come sostenne argutamente Troplong, o *risolutiva* come la maggior parte degli altri giuristi afferma, è una questione che, secondo la giusta opinione del Scialoia, non ha troppa importanza pratica se non sotto l'aspetto di sapere *cui appartenga il pericolo della cosa:* pericolo che noi provammo ricadere a carico del deliberatario eziandio di primo grado (*V.* Annotazioni all'articolo 685): poichè in lui, pure ad altri effetti, passa il dominio *sebbene risolubile*, fino al pagamento del prezzo.

Dato il dominio *ma risolubile*, ne segue che non si opera effettivamente confusione dei diritti reali che il deliberatario ha sul fondo; confusione che, io aggiungo, non può mai nascere. Se il prezzo non è pagato, il suo dominio si risolve *a tutti gli effetti*. Se è pagato, i diritti reali che non affettino la sostanza della proprietà come un diritto di servitù, e le azioni ipotecarie trapassano sul prezzo, o il deliberatario, che sia anche *creditore ipotecario* può nello stesso tempo esser *proprietario del fondo* e creditore sul *prezzo* che ha pagato. (*V.* Scialoia, *Commentario*, pag. 540, n. 4075).

Vi sono delle altre condizioni, oltre il pagamento del prezzo, che non adempite portino al reincanto? Obbligazioni della compra saranno quelle *capitolate* nell'editto di vendita e quindi dal contraente accettate; il pagamento degli interessi, se gli è stato consegnato il fondo che di natura è fruttifero. Simili obbligazioni però dovranno essere di una certa gravità ed importanza per dar luogo, non adempite, al reincanto; altrimenti sarebbe più giusto costringere personalmente il compratore ad adempierle.

3. *Se il compratore possa difendersi dalla rivendita allegando il pericolo di molestie o di prossima e temuta evizione.*

Trovo qualche esempio nella giurisprudenza (Bettini, 1856, part. II, pag. 893) per applicazione del principio notissimo che regola le vendite volontarie, presso noi enunciato nell'articolo 1510 del Codice civile. Io mi permetto di avvertire, che in materia di vendita al pubblico incanto, questa regola non può così letteralmente applicarsi. Ciò produrrebbe sinistri effetti. Il deliberatario deve tenere il prezzo a disposizione del tribunale, questo è il suo dovere. Niun pericolo può temere dal lato delle ipoteche antiche o nuove che spariscono dal fondo e vanno sul prezzo, ma due cause potissime può avere onde mettersi al coperto da altri pericoli. Se per esempio scopre affezioni fondiarie non manifestate, come servitù e pesi reali, come usufrutti. In simili casi, se il prezzo non è ancora distribuito, io non dubito che il deliberatario non abbia diritto a farsi restituire, coll'azione *quanti minoris*, quella parte che corrisponde all'onere occultato; consumato il prezzo non potrà esercitarsi che un'azione d'indennità contro il creditore procedente, tenuto a mettere in chiaro le cose. *Si evictio imminet*, se può provare il pericolo che lo minaccia, il compratore, depositando il prezzo, potrà chiedere che gli siano apposti dei vincoli, che si prestino cauzioni qualora si voglia ciò nonostante procedere alla graduatoria.

4. *Prima che segua la rivendita e ne risulti per differenza di prezzo un debito personale del deliberatario decaduto, non si può agire contro di lui.*

Poichè fu sentenza e del Carré e del Delaporte e del Chauveau e di altri, che i creditori potessero qua e là ferire con azioni personali il deliberatario, giova dichiarare che per noi si professa l'opinione contraria col Lachaize, col Thomine, e coll'autore di questa parte del *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 556. La legge segna o prescrive la via da seguire; nessun'altra può sostituirsi a questa non essendo l'esercizio di altra azione compatibile con essa. È l'argomento decisivo. Come ragionamento, il deliberatario, non pagando, non fa che abbandonare il fondo ed esporlo ad un nuovo incanto; se l'incanto riesce vantaggioso ai creditori, tanto meglio; se perdente, è allora, ma solo allora, che nasce una azione personale d'indennità che è la conseguenza della sua colpa.

5. *Se solamente i creditori* ISCRITTI *possano fare la istanza per la rivendita.*

La legge francese non volle spiegarsi. L'articolo 737 del Codice di procedura del 1807 si fermò a dire: *che lo stabile sarebbe rivenduto a rischio e pericolo del deliberatario*. Dibattendosi la riforma del 1841, si propose una nuova redazione di quell'articolo. Una di queste proposte leggeva così: *faute par un adjudicataire de remplir les charges et conditions de son adjudication, le bien pourrà être revendu a sa folle enchère — à la diligence du poursuivant ou de tout autre intéressé.*— Pascalis era fra quelli che sostenevano questa dizione. Il relatore della commissione richiamò l'attenzione della camera: disse che la cosa era grave; che conveniva sciogliere il dubbio; che la espressione — *qualunque altro interessato* — era pericolosa, suscitando per contro la idea che ogni creditore, *eziandio chirografario*, potesse valersi di quest'azione, il che era evidentemente troppo, e contrario « à tous les principes reçus « en matière de poursuivite ». Ma non se ne fece nulla e fu mantenuta la redazione antica, colla sua locuzione impersonale. Quindi il sì è il no degl'interpreti, e il Chauveau, stando in mezzo pronunziò queste sagge parole: « Ce « sera donc aux tribunaux à apprécier la po« sition du demandeur en folle enchère. Le « but commun c'est le paiement par toutes les « voies légales. La folle enchère est un des « moyens le plus efficaces. *Nous perchierions « à étendre plutôt qu'a restreindre le cercle « des intéressés* » (art. 733, quest. 2426 ter.).

Neppure il nostro legislatore fu scosso dal rumore, forse un po' troppo lontano, di quelle discussioni per aggiungere la parola *iscritto* a quella di creditore. Anzi la nuova dizione è più estensiva di quelle che si lessero nei due codici anteriori del 1854 e del 1859; nell'uno e nell'altro (articoli 805 e 832) il *tribunale ad istanza di* UNO DEI CREDITORI, ecc. e non pareva riferirsi che ai creditori iscritti. Con tutto ciò è egli possibile che si possa aprire una via di azione comune a tutti i creditori, se fossero semplicemente chirografari e non iscritti? Il Boitard negando egli pure tanta estensione fa questa bella osservazione: « Envers qui l'adju« dicataire est il tenu de l'obligation d'exécu« ter les clauses de cahier des charges? *Envers « les personnes liées a la poursuivite*, c'est-a« dire envers le saisie, lo poursuivant, *et* les « *créanciers inscrits* ». Ed essi soli possono della inesecuzione querelarsi (*Leçon de procédure*, all'articolo 733). È questa pure l'opinione dell'illustre Scialoia (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, parte I, pag. 557).

E non può esser altra. Gli attori del dramma sono appunto quelli divisati dal Boitard. Stret-

tissima analogia presenta il disposto dell'articolo 575. Solo chi ha diritto di esigere il debito (*petere debitum*) ha l'azione. Questo concetto del Boitard è profondamente vero, è la miglior soluzione che possa darsi. Vero è che anche i creditori, non ipotecari, possono concorrere per via di seqnestro sul prezzo ove sopravanzasse agl'ipotecari, ma altro è avere qnesta facoltà, ed altro è aver l'azione per chiedere la rivendita all'asta del fondo: perciò si richiede l'*azione reale.*

6. *Dopo quale intervallo o con quale documentazione si promuove la istanza della rivendita?*

Secondo la pratica nsata in Francia, il cancelliere rilascia un certificato comprovante che l'aggindicatario non ha giustificato l'adempimento delle condizioni della vendita. Presso a poco ciò era osservato in Piemonte; si ebbe poi un regolamento anche più preciso nella procednra del 1859, articoli 832, 833, 834. La istanza poteva farsi anche *prima della spedizione dell'atto di deliberamento:* e se la copia della sentenza relativa era stata rilasciata, dovevano aspettarsi *cinque giorni dalla notificazione a mente degli articoli* 859 *e* 861, *con comando di pagare.* Si veniva dnnqne inoltrando il giudizio di gradnazione; disciplina che avrà avnto il suo motivo che lo non voglio indagare. La sollecitudine del Codice del 1859 è compensata dalla tacitnrnità del nostro.

Ora ci sia permesso di credere che il silenzio della procednra vale un implicito richiamo delle norme analoghe del diritto civile.

La rivendita a spesa e rischio è unn giusta ma grave penalità. La logge attnale non prefigge al deliberatario un termine per adempire alle sue obbligazioni; ma vedremo nel prossimo articolo 691 che gli resta tempo fino alla proposizione dell'incanto. Il più sano modo di agire, secondo me, è di fare assegnare un termine, breve quanto vuolsi, a giustificare l'adempimento delle condizioni della vendita dopo il quale potersi procedere al nuovo incanto. Ciò starebbe ottimamente in relazione coll'articolo 1213 del Codice civile e coi principii generali di ragione. L'ulteriore comodità che la leggo impartisce al deliberatario moroso per l'articolo 691, non è una obbiezione ma favorisce la tesi. La legge si mostra ispirata alla maggior moderazione, proclive ad evitare nna risoluzione quasi violenta. Ma la stessa minaccia e la ripubblicazione della subasta è per più rapporti cosa grave e molesta. Se il termine a purgare la mora non è chiesto, può, anzi deve, io credo, accordarlo il giudice. Restando ancora in difetto, il deliberatario non è privato del beneficio che ha dall'articolo 691, ma intanto egli subisce, direi così, la prima pena, il rinnovamento degli atti e le spese che ne consegnono.

Articolo 690.

Il bando è notificato al compratore, al debitore e ai creditori iscritti, pubblicato, affisso, e inserito nel giornale, e depositato, a norma dell'art. 668, quindici giorni almeno prima del nuovo incanto. Quando il compratore abbia cessato di possedere l'immobile, non è necessaria alcuna notificazione al nuovo possessore.

Articolo 691.

Quando il compratore, prima del nuovo incanto, giustifichi d'aver adempiuto le condizioni della vendita e depositato nella cancelleria la somma stabilita dal tribunale per le spese occorse in dipendenza dell'istanza per la rivendita, questa non avrà luogo.

Annotazioni.

V. le Annotazioni dell'articolo 689.

Prima dell'incanto. L'incanto è aperto *colla lettura del bando* (articolo 674).

L'incanto può essere sospeso da qnalche domanda incidentale intesa a provare che furono adempite le condizioni, contro la istanza che pretende la rivendita.

Non si potrebbe però in difesa allegare adempimento parziale.

Articolo 692.

Nel nuovo incanto si osservano le disposizioni del paragrafo precedente per

quanto riguarda la forma di procedere, la dichiarazione del compratore, e l'aumento del sesto.

Annotazioni.

V. le ANNOTAZIONI all'articolo 694.

Articolo 693.

Le spese fatte per la vendita, eccetto quelle pella spedizione della relativa sentenza, trascrizione e tassa di registro sono rimborsate a chi di ragione dal precedente compratore, il quale è pure obbligato di pagare la differenza in meno tra il prezzo della vendita e quello della rivendita, cogli interessi, ai creditori secondo il loro ordine, e, questi soddisfatti, al debitore.

Se vi sia differenza in più, l'eccedenza profitta al compratore precedente e ai creditori di lui, dopo che sarà pagato il prezzo della prima vendita coi relativi interessi.

Annotazioni.

1. Malgrado la sua posizione disordinata in faccia ai creditori, il deliberatario ha rivestita qualità di proprietario, dal quale fondamento si desume che gli atti di amministrazione che avesse eseguiti, senza mala fede, sarebbero rispettati. Tanto più che questo stato di cose potrebbe prolungarsi per assai tempo, come ne ammonisce l'articolo che segue. La giurisprudenza quindi determina che gli affitti per esempio che avesse statuiti, generalmente sono validi (Troplong, v° *Louage*, tom. I, n. 100; Douvergier, v° *Louage*, tom. I, n. 84; Zachariæ, tom. III, n. 369; cassazione francese 11 aprile 1821 e 21 gennaio 1827; corte di Parigi 25 gennaio 1835 e 22 maggio 1847, ecc.). Le spese d'amministrazione necessarie o utili sono rimborsate.

2. *Spese fatte per la vendita.*

Nei due codici sardi del 1854 e del 1859 (articolo 810 e articolo 837) fu adoperata diversa espressione, e si disse: *le spese fatte per la* SECONDA *vendita.... saranno rimborsate*, ecc. Quali fossero le spese che ragionevolmente dovesse pagare il deliberatario in difetto, si disputa dai giuristi in Francia dove manca un testo di legge; ma pare siasi trovato più giusto imporgli le spese *della vendita anteriore*. Lasciamoli nella loro opinione. Ora l'addietto *seconda* è sparito, e noi troviamo puramente — *vendita*, o così siamo noi stessi condotti nel dubbio che travaglia la giurisprudenza francese per mancanza d'una legge. Io sono di parere che, nonostante la riflessibile riforma portata dalla nuova redazione, s'intenda sempre di parlare *delle spese della rivendita*, mentre se si trattasse dell'incanto passato, si parlerebbe *non di rimborso che il precedente compratore dovesse farne*, ritenendosi ch'egli stesso le abbia fatte anticipandone il deposito (articolo 672), ma se o no dovessero a lui essere rimborsate e restituite. Il supposto poi della restituzione non avrebbe base logica, mentre se l'atto di delibera si annulla rispetto all'acquisto del deliberatario, mantiene ancora degli effetti giuridici molto rilevanti, quale si è quello dell'obbligo d'integrare ai creditori il prezzo della rivendita se riuscisse mancante. Bisogna di forza inferirne che si tratta delle *spese della rivendita*, facendosi ragione degli effetti penali causati dall'inadempimento i quali cadono soltanto *sulle operazioni posteriori;* su quelle operazioni che non sarebbero occorse, rispondendo il deliberatario al proprio dovere.

A questa interpretazione è conforto quella limitazione scritta nel testo — *eccetto quelle per la spedizione*, ecc. che rivela trattarsi delle nuove spese e non delle passate; rapporto alle quali dovrebbe farsi un altro discorso. Se le spese di spedizione, trascrizione, ecc., relative *alla prima vendita* furono già consumate, benchè inutilmente, a corredare quell'acquisto che poi è caduto in nulla, indarno il vecchio deliberatario chiederebbe d'esserne rifuso. Se invece non furono fatte, non solo egli non dovrà più farle, ma avendone fatto deposito presso il cancelliere (articolo 672) gli saranno restituite.

Un altro punto su queste benedette spese resta a dissolversi. Supposto che la *rivendita* sia fruttifera ai creditori di maggior prezzo, in guisa che ne abbiano guadagno anche oltre le spese che costarono i nuovi atti, non sarà equo il mandarne assolto il compratore caduto? Non sarebbe nella volontà implicita, nello spirito della legge? Ma vi ha di più: e

qui prendiamo finto per osservare un radicale mutamento della moderna legislazione.

3. *L'eccedenza del prezzo profitta al primo deliberatario.*

Il contrario era scritto nell'articolo 744 del Codice francese del 1807. Nella riforma del 1841 non si fece neppure oggetto di serio dubbio se si dovesse cangiare quella legislazione a favore del deliberatario moroso; l'occhio severo del legislatore non vedeva in lui che l'aggiotatore temerario, immeritevole di qualsivoglia riguardo. Laonde l'articolo 740 secondo la legge del 1841 non fu diverso «...*sans pouvoir reclamer l'excédent s'il n'y a,* «cet excédent sera payé aux créanciers, et «si les créanciers sont disintéressés, à la par«tie saisie». Lo stesso leggesi nell'art. 828 del Codice di procedura di Napoli, e nell'articolo 810 del Codice sardo del 1854 colla sola modificazione che, dalla l'eccedenza, l'antico deliberatario sarebbe compensato delle spese che doveva rifondere. Il legislatore sardo del 1859, al quale si deve la riforma, dettò il suo articolo 837, che ha avuto nel presente 693 l'onore di una piena conferma.

La prisca legge, sdegnosa più di quello che sia lecito di esserlo ad una legge penale, oltrepassò il segno della punizione che a termini di giustizia stava in questo, che l'imprudente deliberatario dovesse rispondere di tutte le conseguenze della sua mancanza. Causa del danno, egli doveva risarcirlo fino all'ultimo: siamo d'accordo: ma in questo giuoco rischioso perchè non vi doveva mai essere una combinazione favorevole per lui? Questa legge ha rimesso l'equilibrio, e ha reso possibile il discorso della logica. L'immobile era già acquistato al pubblico compratore; non pagando, egli non ha fatto che abbandonarlo ai creditori onde con esso si soddisfacciano, mediante una rivendita. Da questo punto di vista è facile scorgere, che se vi ha sopravanzo, deve ritornare al proprietario che ha ceduto il fondo, una volta che ha liberato il debito.

L'eccedenza profitta al *compratore precedente e ai creditori di lui*, dice il testo; e con ciò ne avverte che i *creditori ipotecari* dello stesso compratore (ai quali principalmente si accenna) hanno potuto acquistare sull'immobile diritti reali che, non essendo sopra di esso esercibili perchè si è dovuto rivendere, trapassano sul prezzo e su quelle somme che parzialmente lo rappresentano. Effetto giuridico che spiccata novità egli è questo, ove nessuna procedura serve di guida, ed è quasi un tipo isolato negli ordini stessi del diritto. Io sono in questa opinione, che i creditori ipotecari, se ve ne hanno, debbano esser cauti di fare opposizione sul prezzo, procedendo alla forma del sequestro, nel qual caso la somma eccedente sarà depositata e se ne farà una graduatoria, come in ogni altro caso d'immobile venduto all'asta. In difetto di tale opposizione, non crederei che il creditore procedente fosse obbligato di fare indagini per sapere se ci sono creditori; e pagandosi l'eccedenza del prezzo al *precedente compratore*, ritengo siasi agito regolarmente.

5. *Di quella parte di prezzo che rappresenta i miglioramenti fatti dal compratore decaduto.*

Ho già avvertito che quello stato di cose avrebbe potuto durare; il compratore ha per avventura fatto dei miglioramenti sul fondo che ne hanno aumentato notabilmente il valore. Non fu tanto severa la legislazione francese, che non fosse anche sentita l'equità che in questo caso perorava a favore di lui. Il Dalloz (*Rec. pér.*, tom. II, pag. 215) ci porge esempio di un giudicato della corte di Parigi che dichiarò doversi ritenere il caso in dominio della legge comune, e non esservi ragione perchè non dovesse computarsi tale valore a vantaggio del caduto proprietario che aveva speso così utilmente sul fondo.

La difficoltà pratica che si presentava nel distinguere in quale relazione il valore del migliorato venisse a trovarsi col prezzo del nuovo incanto, onde sulla eccedenza fare una detrazione a favore del precedente deliberatario, una tale difficoltà può dirsi sparita nella bontà del presente sistema. Se il prezzo non eccede i diritti dei creditori, nulla è del calcolare la differenza e quanto importi il migliorato, imperocchè tutto il prezzo occorre a soddisfare il debito, e il compratore ne riceve compenso nel tanto meno che deve rifondere. E se il prezzo ecceda? Versandosi il più a vantaggio dello stesso precedente acquisitore, e dovendosi ritenere che l'altezza del prezzo sia pure conseguenza dei miglioramenti fatti sul fondo, anche in questa più felice combinazione il compenso si ha, per così dire, implicito nel risultato.

6. *Se il deliberatario decaduto abbia a ritenersi risponsabile del prezzo non pagato dal nuovo acquirente.*

Ecco una questione considerata fra le più difficili, e io domando scusa di non crederla tale. Tenterò di farmi intendere senza molte parole.

Ci fa sapere il Chauveau, che incaricato nel 1835 di difendere l'ex-deliberatario, malgrado fosse favorito dalle conclusioni del ce-

lebre Nicod, avvocato generale alla cassazione, dovette soccombere. La corte suprema sentenziò che il procedente deliberatario si manteneva responsabile fino al pagamento del prezzo e garante del nuovo deliberatario, poco importando se il prezzo era nominalmente maggiore ove poi non fosse pagato (cassazione 14 febbraio 1835, *Journ. Av.*, t. XLVIII, pag. 188).

Può vedersi nella questione 2432 quinq. il lungo e, mi si permetta il dirlo, un poco appassionato discorso di Chauveau. Egli si trova quasi solo a combattere, oltre la giurisprudenza della cassazione, Persil, Rogron ed altri. I suoi argomenti non mi sembrano di gran forza. Egli si fonda principalmente nel testo della legge, che non obbliga il primo deliberatario *che a pagare la differenza del prezzo*. Onde inferisce, che quando la nuova offerta è riuscita pari o superiore alla sua, devo ritenersi prosciolto. Fa molto assegnamento sul dire, che il precedente deliberatario non si considera affatto come un proprietario che rivende il bene che non ha potuto pagare: egli è semplicemente tenuto ai danni-interessi a cui la legge stessa ha posto il limite. Se mal non mi appongo, questo è tutto il ragionamento dell'illustre autore.

La corte di cassazione proferì parole che io ripeto, sembrandomi contenere la ragione di questa che io credo giusta severità della legge: « Si la position d'un tel enchérisseur « ne doit pas être aggravée par la témérité « d'un second, il est également visible que le « fait de celui-ci ne saurait méliorer la posi- « tion du premier, jusque au point de l'exo- « nérer complétement des suites de sa propre « témérité, ce qui dans le cas d'insolvibilité « du second acquéreur priverait les créanciers « des droits que déjà, par le seul fait du pre- « mier adjudicataire, ils avaient acquis contre « lui » (1).

Che mai ha voluto la legge obbligando il primo deliberatario a pagare la differenza fra prezzo e prezzo, se non tenerlo responsabile del danno, di tutto il danno che dal fatto suo vanno a risentire il debitore spropriato e i suoi creditori? È una mera illusione il dire che basta siasi presentata un'offerta pari o maggiore della prima, perchè quel disgraziato deliberatario si ritenga aver soddisfatto il suo debito! È questa una condizione di cose creata da lui, alla quale deve riparare. Nulla di più facile, e la legge deve averlo ben preveduto, che si trovi da lui un prestanome, un deliberatario di comodo che, offrendo un prezzo senza pagarlo, lo esoneri dal grave carico.

Io sono convinto che la dottrina della cassazione è giusta. Per la nostra legge sarebbe anche caduto l'argomento di Chauveau; poichè restituendosi al primo deliberatario l'eccedenza del prezzo, viene a considerarsi come rivenditore della cosa propria. Ma questa considerazione, per me, è secondaria.

Alla conclusione. Se in tale stato di cose il primo deliberatario è costretto a pagare l'intero prezzo che il secondo non ha pagato, non sarà a lui che deve aggiudicarsi il fondo? Non sarà egli restituito all'acquisto dello stabile? Se gli autori avessero proveduto questo naturale e necessario ritorno alla sua condizione d'acquirente, avrebbero meno indietreggiato sulla conseguenza, in vista enorme, d'una teoria che risponde alle più semplici esigenze della giustizia.

Quanti movimenti, quanti disordini si eviterebbero, se ogni offerente all'asta pubblica dovesse depositare il valore della propria offerta, non avendosi fede in lui che degli aumenti che venissero a risultare!

Articolo 694.

Decorsi tre anni dalla vendita, non si può far luogo a nuovo incanto per l'inadempimento delle condizioni della medesima, se non con tutte le formalità stabilite per il giudizio di spropriazione contro il debitore.

Annotazioni.

1. Fra il procedimento indicato nell'articolo 692 e quello inaugurato dal presente articolo, qual è la differenza?

L'articolo 689 nel capoverso determina il primo atto della nuova procedura esecutiva; la *formazione di un nuovo bando* da notificarsi, ecc. La base di questo incanto è fornita dal *prezzo della vendita precedente:* elemento

(1) Questa pure sembra l'opinione del Dalloz, *Répert.*, v° *Vente publique d'immeuble*, num. 1929, e dell'autore di questa parte del *Commentario sardo*, tom. V, part. I, pag. 363.

nuovo, ma che denota ad un tempo la relazione dell'attuale processo col precedente del quale è una continuazione. Tutta quella parte della procedura che concerne le formalità e il corso degl'incanti, si rinnova. *Dichiarazione del compratore* non può esser altra che quella dell'articolo 676. Senza esitanza si può dire che dall'articolo 669 al 682 inclusive, tutti si osservano, eccettuato l'articolo 675 nella parte in cui rimanda a norme di prezzo che ora non han luogo, e suppone dati di stima e ribassi che non possono più eseguirsi. Si sente qualche dubbio intorno all'articolo 685; pare che ci sia della ripienezza e della obesità, ma valgo di questa frase espressiva, in quelle pratiche e in quei rigori che si vogliono usati contro l'incaritore del sesto che non sollecita quell'incanto ulteriore in cui si cimenta l'aumento medesimo; ma si finirà col dover convenire che anche quell'articolo vuol essere applicato, e perchè è il complemento dell'istituto dell'aumento del sesto, secondo il nostro sistema, e perchè dalla lettera stessa dell'articolo 692 si desume. Similmente gli altri disposti del § 2 ricevono congrua applicazione.

Dopo tre anni dal deliberamento, dopo tre anni di tolleranza o anco di espressa adesione, essendosi, per esempio, adattati i creditori ad esigere gli interessi sotto speranza di riscuotere il capitale del prezzo (1), la posizione del compratore, nonostante la permanente sua mora, si è in certo modo consolidata. Non cangiando la incerta condizione della *proprietà*, com'è di tutti coloro che sono esposti a pagare debiti scaduti sul fondo, il tempo ha fatta la sua opera *sotto il rapporto del possesso;* ha disgregate le varie parti del procedimento esecutivo, che ha quindi bisogno di essere ricostituito dal suo principio; ha posto in faccia al pubblico il compratore nella condizione comune agli altri possessori di stabili, *jure dominii*. Vi è dunque qualche cosa di più d'una semplice ragione di metodo. Quando si domandi a contemplazione di chi, se del debitore o dei creditori, si è ordinata l'ampiezza della procedura di spropriazione secondo lo stile ordinario e comune, la risposta è in favore dello stesso debitore, che non deve più essere assalito ad armi così corte, se mi si passa la espressione; che deve godere di tutto lo sviluppo della procedura esecutiva, a comodo delle sue eccezioni e per quei vantaggi che il tempo produce a chi si trova in questo stato economico (2).

Questo sembrami il perchè principale. Se ne può trovare un altro nella possibilità che in tre anni lo stato materiale del fondo abbia subito cangiamento; e ciò nell'interesse commerciale della nuova vendita.

2. **Questione.** — Una seria ricerca però si presenta, ed è: se quella locuzione *tutte le formalità stabilite per il giudizio di spropriazione contro il debitore* significhi doversi abbandonare nei nuovi incanti quella base di prezzo che corrisponde all'offerta e promessa incvasa dall'acquirente giudiziale, giusta il capoverso dell'articolo 689.

È motivo di dubitare che la nuova esecuzione, comunque si riassuma secondo le regole ordinarie per la ragione sopradetta, non abbia però a perdere il suo carattere di relazione col fatto di quel deliberamento a cui non fu fatto onore, e che ha dato origine al rinnovamento della procedura. Se così è, si dovrà dunque proporre come *primo prezzo d'incanto* quello del cui soddisfacimento si tratta, e procedere di conseguenza con una combinata associazione degli articoli 689, 690, 691 e 693. Tanto più si dovrebbe così pensare, osservando che il nuovo incanto, giusta la dizione del testo, è sempre riportato alla sua causa, l'*inadempimento delle condizioni* della vendita anteriore.

Ma l'assoluto esprimersi della legge non parmi lasciar luogo a tale obbiezione. Ognun vede che gran parte di *quelle formalità* che tengono alla composizione del prezzo, alle offerte preliminari, alla stima per mezzo dei periti, e via discorrendo, dovrebbero tralasciarsi; e invece dovrebbe farsi un innesto delle maniere dei due procedimenti che sarebbe una confusione, e non vi ha indizio o argomento alcuno che la legge abbia voluto permetterlo. L'antico deliberatario è dunque nella condizione di ogni altro debitore che viene espropriato; si deve ritenere che sia stata assunta

(1) L'ingerenza del congresso dei creditori ha gran parte nell'ordinamento esecutivo portato dal Codice giudiziario austriaco; e io penso che se quell'elemento si fosse tenuto in conto anche nel nostro, e opportunamente adoperato, non poche difficoltà e scabrosità avrebbero potuto attenuarsi. Notevole è specialmente il § 140, esteso anche alle licitazioni giudiziarie, nel quale è data facoltà al congresso dei creditori di ordinare fra loro quali condizioni di tempo a comodi di modi si vogliano offrire agli acquirenti, le quali poi si enunciano nei pubblici editti.

(2) Al num. 3 di queste Annotazioni rileviamo altre conseguenze, che tornano in svantaggio del compratore.

iscrizione ipotecaria sul fondo, onde i creditori esercitano tutti quei diritti e in quegli stessi modi che appartengono all'ordinario processo di espropriazione. Fra le altre operazioni si avrà quella del precetto e della trascrizione, onde nasce la immobilizzazione nei frutti che dal giorno della delibera aveva cessato.

3. Forsechè vengon meno anche le disposizioni dell'articolo 693? Altro punto grave che merita illustrazione.

Sono disposizioni al tutto speciali *che si collegano colla rivendita*, e non trovano un conforme rapporto in una espropriazione ordinaria. Vero che l'oggetto è ancora quello di ottenere la debita riparazione dell'*inadempimento delle condizioni della vendita*, ma il cangiamento totale del rito, dopo un triennio, porta anche un mutamento sostanziale nelle conseguenze di diritto, o, in altri termini, dimostra che questo cangiamento è avvenuto nel pensiero legislativo.

Io confesso di sentire tutto l'ardimento della mia proposizione, flagrante di novità per lo meno; ma è un terreno senz'orma.

La responsabilità dell'antico deliberatario è sempre quella. Il debito pel quale si procede *ex novo* alla esecuzione immobiliare è quello del *prezzo*, aggravato degl'interessi se non furono pagati, e delle spese. Serve di *titolo esecutivo* quel verbale di deliberamento in cui fu aggiudicato il fondo a un dato prezzo, ed ha il carattere di sentenza. Tutto ciò forma il debito. Se l'esito del giudizio di spropriazione non è tale che risponda all'ammontare di questo debito, il proprietario primitivamente spogliato e i suoi creditori conservano l'*azione personale* per l'avere residuo, come avviene per qualunque altro debito.

La difficoltà è là dove si dispone *che l'eccedenza profitta al compratore precedente* (articolo 693). In questo stato di cose io credo non aver più luogo quella disposizione dopo il lasso ben lungo di un triennio, che può concepirsi protratto a termine più lungo ancora, riguardato l'anteriore deliberatario semplicemente come un debitore che viene spropriato per non aver pagato il suo debito. Rimesso nelle condizioni ordinarie della procedura, non può più reclamare un beneficio che ha tutta la ragione di essere quando il fondo appena acquistato gli è tolto di mano, e quando *la rivendita è considerata come una prosecuzione della procedura medesima*; e in tutto il suo aspetto e in ogni suo atto manifesta la relazione ch'essa ha colla delibera testè aggiudicata e rimasta inevasa per difetto del prezzo. Per dir tutto in breve: quel nesso di relazione, dopo il triennio è svanito.

Se il creditore prima di fare istanza per la rivendita, secondo l'art. 689, debba inviare precetti di pagamento al deliberatario in relazione agli art. 659 e 660.

(Art. 689 e seg.).

I pochi articoli di cui si compone il § 3° (Sez. I, Cap. I, Tit. III), sono gravi se non di questioni, almeno di effetti giuridici, la maggior parte dei quali trapassano nel diritto sostanziale, e sono materia degli espositori del Cod. civile, anzichè di quello della procedura. Tuttavia per quanto si riferiva al mio tema, io ne venni ragionando con quella parsimonia che ritenni convenirmi; nè ora intendo di rifarmi su quella qualunque trattazione. Ma restringerommi a un punto a cui le circostanze estrinseche e, se mi è permesso il dirlo, errori autorevoli, hanno dato una importanza che non poteva avere per se stesso.

La legge, dato in ipotesi l'*inadempimento delle condizioni della vendita*, autorizza qualunque creditore (della qualità del creditore abbiamo discorso) a chiedere che i beni *siano rivenduti a spese e rischio* dello stesso compratore, *mediante citazione in via sommaria*. Niuna formalità preventiva è imposta al creditore (articolo 689). Poi ha luogo il bando, *a norma dell'articolo* 668). Il rito del nuovo incanto è stabilito nell'articolo 692. Le formalità del § 2° (*Del procedimento per l'incanto*) sono conservate *per quanto riguarda la forma di procedere, la dichiarazione del compratore e l'aumento del sesto*. E in questo si racchiude in sostanza, e pressochè tutta la disposizione letterale in ordine al rito.

Ma oltre ciò, il creditore che procede allo scopo del reincanto a carico del compratore moroso, dovrà cominciare dalla *intimazione di un nuovo precetto, e quindi ripetere la trascrizione?* È ciò che io non ho creduto e non credo; nondimeno una corte rispettabilissima ha seguita replicatamente la massima opposta, benchè confessando che *il punto di questione può per avventura apparire assai dubbio e spinoso*; confessione assai singolare in

un magistrato giudicante. Ma vediamo i suoi argomenti (1).

Che *la nota di collocazione* spedita dal cancelliere, approvata e sottoscritta dal giudice delegato, e rivestita della forma esecutiva, abbia virtù di titolo esecutivo contro il debitore del prezzo (articolo 717); e che non pagandosi nei cinque giorni dalla notificazione della nota di collocazione, si faccia luogo senz'altro alla vendita secondo l'articolo 689, ciò si ammette *de plano* nella prima delle indicate decisioni; e poi si prosegue « che la rivendita « non è altro che quel modo di esecuzione « forzata sopra i beni immobili che la legge « ha stabilito contro il deliberatario dei beni « medesimi, il quale in cinque giorni non paga « i creditori utilmente collocati ».

Premessa questa base, si viene a generalizzare. Ordina l'articolo 562 che qualunque esecuzione dev'esser preceduta dalla notificazione del precetto, e poi si dichiara quali siano le disposizioni dell'articolo 659 riguardo alla esecuzione sui beni immobili. Trattasi appunto di subastazione di beni immobili, dunque la stessa forma, la stessa regola, dev'essere osservata. A conferma si citano vari articoli del Codice, dei quali vengo a parlare esaminando l'altro sentenza che si estende di più nella dimostrazione.

Ivi si ripete lo stesso fondamento, poi si discende ad una revisione analitica di alcuni articoli che confermerebbero questo proposto. L'articolo 689 che autorizza la rivendita, ordina espressamente che il creditore abbia a conformarsi all'articolo 665, il quale fra le altre formalità prescrive pur quella della offerta di comunicazione *dell'originale del precetto* di cui all'articolo 659. — « Ordinata poi la rivendita, prescrive lo stesso articolo 689, che abbia a formarsi un nuovo bando in conformità dell'articolo 667, il quale a sua volta dispone pure che il bando debba, fra le molte altre cose, indicare altresì *la data del precetto notificato al debitore e la trascrizione del medesimo* all'ufficio delle ipoteche. Ora egli è manifesto che nè la offerta di comunicazione del precetto, nè la indicazione della data del medesimo potrebbe concepirsi ed in nessuna maniera avverarsi ed aver luogo se il precetto non precedesse la vendita ».

Si toglie di mezzo un'opposizione elevata dall'articolo 717, osservando che sebbene ivi si stabilisca che la nota di collocazione, nella sua autentica forma, ha forza di titolo esecutivo contro il compratore, « nulla contiene che dimostri che basti ciò solo alla rivendita senza che prima preceda alla medesima il precetto, d'onde sempre più si fa chiaro che l'obbligo del precetto generalmente stabilito per tutti i casi d'esecuzione forzata debba pure adempirsi in quello della rivendita ».

Neppure l'articolo 718, secondo la corte di Torino, sarebbe ostacolo, riportandosi como ho detto all'articolo 689 che esige, nel suo vedere, il preliminare del precetto: nè al termine dei 30 giorni darebbe compenso quello di cinque giorni, essendo questo termine anteriore alla istanza della rivendita. E si trova giusto che prima di passare alla notificazione del precetto, si accordi al compratore quel termine breve entro il quale o pagare, o dimostrare di aver pagato, *e così risparmiare l'iniziamento del procedimento della rivendita.*

Affronta da ultimo l'obbietto dell'art. 694, che ritiene la necessità del precetto alla rivendita dopo i tre anni (il che è verissimo come vedremo), quasichè lo disposizione di esso articolo rimanga senza ragione. « L'articolo 694 trova la sua ragione di essere nell'articolo 690 il quale abbrevia il termine in cui debba farsi il deposito del bando a norma dell'articolo 668, e dispensa dall'obbligo delle notificazioni al nuovo possessore quando anche il deliberatario avesse cessato di possedere l'immobile; eccezioni queste tutte, le quali appunto dalla legge espressamente determinate, meglio confermano come nel rimanente debbono osservarsi in tutto il loro rigore le regole generali regolative della esecuzione forzata ».

—

Rispettando tanta autorità, e senza dissimulare per parte mia la gravità della questione, propongo argomenti contrari.

Prenderò le mosse da un'idea che quivi ha dignità e valore di un principio, idea già avvisata dal signor Scialoia (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, p. I, num. 1094 e seg.), da cui traggo alcune parole: « Dopo il deli- « beramento il diritto dei creditori ipotecari « di perseguire il fondo presso i possessori e « promuoverne la vendita, vien meno. Le ipo- « teche non gravano più sul fondo; esse si « convertono in diritto sul prezzo. Ma la legge « non poteva abbandonare la sorte dei credi- « tori alla balìa di un audace deliberatario

(1) Sentenza della corte d'appello di Torino del 19 ottobre 1866 (Bettini-Giorlati, 1866, part. II, pag. 550), e del 22 novembre 1867 (ivi, anno 1867, pag. 698).

« che, dopo aver comprato, rifiutasse o non po-
« tesse pagare. Quindi conferisce loro il di-
« ritto nel caso che questi non adempisse ai
« suoi obblighi, di chiedere che i beni siano
« reincantati. La subastazione raggiunge il
« suo vero scopo col pagamento del prezzo
« del fondo deliberato. Finchè questo non è
« pagato, *la subasta non è perfetta*. — Sicchè
« *il reincanto non si dee già considerare come*
« *una nuova spropriazione*, *nella quale si*
« *venda un fondo del deliberatario*, *o di chi*
« *abbia causa da lui; ma come la continua-*
« *zione della prima subastazione rimasta in-*
« *compiuta ed interrotta per fatto suo* » (1).

La espressione di *reincanto* (con perdono dei puristi) è la più atta ad esprimere *il concetto della continuazione*. Onde si prosegue: « Il reincanto, siccome bene definisce un au-« tore, è la conseguenza necessaria di ogni « deliberamento non eseguito nella sua inte-« grità, e la pena contro il deliberatario che « non adempie alle sue obbligazioni. Ma esso « non cambia affatto i diritti dei creditori; al « contrario li rispetta e li rende efficaci ».

In realtà non essendo che un reincanto quello che ha luogo se dentro i prescritti cinque giorni il deliberatario non paga, partendosi da questa idea semplice, è facile il riconoscere che si conviene operare con quella celerità e speditezza che distingue i procedimenti esecutivi in corso, non essendovi del resto ragione alcuna per agire altrimenti. I creditori hanno tutto il diritto che dopo tanti e dispendiosi preliminari e apparecchi e tentativi d'asta, la loro posizione sia sollecitamente definita. Meno che mai potrebbero esser defraudati di questa loro legittima aspettazione, per un fatto colpevole del deliberatario che non risponde all'obbligo del prezzo. Venire adunque pescando colla interpretazione mezzi di prolungamento, è mettersi in contrasto collo spirito della istituzione. Ora che farebbe il contrario sistema, a che ci condurrebbe? È facile vederlo.

Passano i cinque giorni dell'articolo 689, e non è più vero che il creditore possa promuovere *con citazione in via sommaria la rivendita*. Egli deve cominciare *ab ovo* il pignoramento, intimando per conto proprio un precetto e assegnerà 30 giorni. Per un mese pertanto sospensione assoluta. Nei trenta giorni il deliberatario solleva la sua opposizione colla facoltà dell'articolo 660, la quale ha pure virtù sospensiva. Il giudizio di opposizione farà tranquillamente il suo corso; dopo la prima sentenza ci sarà l'appello; potrà anch'esserci la cassazione per mandar tutto in aria. E solamente, rispettato questo intervallo che potrà essere assai lungo, si potrà tornare in via e domandare finalmente il nuovo incanto.

Se questo non è il sovvertimento del sistema della procedura esecutiva, io non so quale sia. Primieramente si pone il deliberatario fedifrago nelle condizioni di un debitore ordinario obbligato bensì in faccia al suo creditore ma nelle relazioni particolari che corrono fra loro con un compratore pubblico, i cui rapporti obbligatorii si sono formati con una quantità maggiore o minore d'interessati nella occasione di un solenne atto giudiziale, e violati in dispregio della pubblica fede e dell'autorità del magistrato. Codeste posizioni non distinguendo il legislatore, avrebbe meritato severa critica: fortunatamente non l'ha meritata. Di corrispondenza, i creditori che pervennero sino al colmo di un incanto definitivo e consumato, sarebbero ricacciati indietro alla posizione di un creditore semplice che sta per cominciare la esecuzione. Costretti ad arrestarsi per dar luogo al lungo giro che il deliberatario potrebbe giustificare colla longanimità della legislazione, dovrebbero spezzarne tutti gli accorgimenti e tutti gli artifici prima che potessero ripigliare gli atti d'incanto. Bel guadagno che avrebbero fatto!

Dopo questi primi e fondamentali concetti, occupandoci delle obbiezioni, vediamo già concesso che l'articolo 685 non parla affatto di precetto; e come non ne avrebbe parlato? Avrebbe detto e della citazione che deve farsi in via sommaria e del bando che deve pubblicarsi; e di nuovo precetto e di tutto quanto viene appresso ad un precetto di esecuzione immobiliare, non avrebbe fatta una sola parola? Non ha forse veduto il legislatore che con tale introduzione di un elemento ben incongruo ad un giudizio di esecuzione che è sul finire, avrebbe cangiato interamente l'ordine processuale?

Anche su questa parte che emerge dal meccanismo delle parole e risale a considerazioni di sistema, giova por mente.

Un nuovo precetto verrebbe a significare una esecuzione nuova e la cessazione di quella

(1) E per questa intelligenza ci rimette alla discussione della Camera dei deputati sul progetto del Codice del 1854, e più specialmente alle osservazioni del ministro guardasigilli su questo soggetto.

che è pendente e vicina al termine (1). Ma parte complementare di un precetto di questa specie si è la *trascrizione* e non potrebbe da esso disgiungersi senza alterarne l'essenziale costrutto. Dunque il creditore, obbligato alla formazione di un nuovo precetto, sarà per conseguenza obbligato a ripetere la trascrizione e farne un nuovo annotamento nelle tavole ipotecarie! Ciò s'intende per un possesso consolidato dopo tre anni che acquista agli occhi del pubblico quasi un carattere definitivo e di proprietà certa, ma non s'intende pochi giorni dopo il deliberamento. Che scopo avrebbe una tale trascrizione? Forsechè il pegno giudiziario già stabilito colla trascrizione del precetto originale non presenta ancora ai creditori lo sue guarentigie? Forse che la trascrizione può cancellarsi all'uffizio delle ipoteche per sostituirvi quella del compratore, se non dimostri di avere pagato il prezzo? Perchè adunque una nuova trascrizione?

La trascrizione non avrebbe nè più nè meno altro scopo che quello del precetto medesimo? Sarebbe una superfluità; non basta: sarebbe una incoerenza. Ma il precetto perchè? Il precetto è la costituzione in mora che fa la parte quando la sentenza o la legge non stabilisca essa il termine. Ma qui il termine è fissato dalla legge e assai comodo. Contro il sistema desiderabile di altre procedure che esigono dal deliberatario il deposito simultaneo del prezzo, dopo la delibera, viene la graduazione con tutte le lungherie della omologazione e della liquidazione, senza contare gli appelli che ci possono entrare di mezzo; finalmente il cancelliere spedisce le note di collocazione (art. 717), si notificano e si danno cinque giorni ancora al pagamento. Che si voglia soffocare il povero deliberatario, non si può assolutamente dire. Ma non basta, mio Dio! Ci vuole ancora un precetto col conforto di trenta giorni e con tutte le altre sospensioni! E questi disgraziati creditori quando la finiranno? Supponiamo che non vedendosi pagati, otto o dieci creditori, ignorando l'uno dell'altro il pensiero, abbiano in animo di proseguire l'incanto a carico del deliberatario; ognuno manderà un precetto e sarà un grazioso spettacolo: otto o dieci precetti con otto o dieci nuove trascrizioni! Insomma, è la legge che assegna il termine, il deliberatario si è sottoposto a queste condizioni; non occorre altro precetto.

Vi ha di più. Il compratore all'asta pubblica, come osservai all'articolo 691, ha tempo a giustificare il pagamento o a depositare il prezzo *sino al nuovo incanto*. Io stimai ancora possibile, e non ho motivo di ricredermi, che il tribunale ordinando la vendita possa accordare, secondo le circostanze, un termine a questo effetto; e dopo tutto ciò sarebbe invero una pietà fuori di proposito prodigare al deliberatario altri spazi, altre comodità indefinite ritenendo intanto il fondo senza pagare, con danno gravissimo dei legittimi creditori.

Non so quanto l'illustre magistrato abbia potuto coi suoi argomenti prender vantaggio dagli articoli 717 e 718 ed eludere la evidente disposizione dell'articolo 694.

L'articolo 718 è di una limpida precisione. « Quando il compratore non paghi nei cinque « giorni dalla notificazione delle note di collo- « cazione, si può promuovere la rivendita a « norma dell'articolo 685 ». E non una sillaba di più. Nulla di più contiene quest'articolo, nè l'art. 717 che lo precede. Si risponde, *non dimostra che basti ciò solo alla rivendita senza che prima preceda alla medesima il precetto; donde sempre più si fa chiaro*, ecc. Quando la legge dice quello che si deve fare, pareva a me che bastasse per non supporvi occulte intenzioni di altri obblighi che dal suo dettato non si rilevano. Ma vedo che non è così. Si procede per argomento negativo: quando si è fissato in mente che una cosa debba farsi, si crede averne appoggio nella legge che non ha parlato, perchè non avendo parlato non ha proibito! È almeno un nuovo modo di argomentare. Certo egli è, come dissero le decisioni della corte d'appello di Torino, che nè l'articolo 717, nè l'articolo 718 hanno una parola per dire che alla pronta domanda dei creditori sia per frapporsi l'incomodo di spedire de' precetti, di raddoppiare trascrizioni e di aspettare lo sviluppo della opposizione del deliberatario che dovrebbe conseguitarne.

Ma l'articolo 718 non fa che riferirsi alla norma dell'articolo 689 ove troviamo l'espresso rinvio a tali articoli che proverebbero doversi fare un nuovo precetto! Così di relazione in relazione si potrebbe venirne a capo. Mi riserbo di rispondere un po' più avanti a tali *obbiezioni*.

Ora mi fermerò un poco sull'articolo 694 che messo a confronto col 692, rivela il concetto discretivo del legislatore. L'articolo dice:

(1) Siccome dopo il triennio per ragioni affatto opposte, nel modo che vedremo riassumendo l'articolo 694.

« nel nuovo incanto si osservano le disposi-« zioni del paragrafo precedente (non in tutto « ma) *per quanto riguarda la forma del pro-« cedere, la dichiarazione del compratore*, e « *l'aumento del sesto* ».

Il paragrafo secondo è l'archivio, per così dire, generale delle formalità del processo di spropriazione *a cominciare dalla citazione di vendita*. Ma o io leggo male, o un forte equivoco esiste in tutto questo. La spedizione del precetto, la trascrizione, la sua notificazione e il giudizio di opposizione sono atti compresi nel PRIMO E NON NEL SECONDO paragrafo.

La materia del primo paragrafo non è richiamata, nè potremo d'arbitrio nostro farla rientrare nella disposizione dell'articolo 689. E neppure interamente è richiamata la materia del secondo paragrafo; ma solo in parte. Quali siano quelle che è congruo applicare e quali no nella posizione in cui ora si presenta il processo esecutivo, sarebbe indagine non difficile, ma non mi occorre e voglio dispensarmi dal dare questa noia a me ed agli altri. Mi basta di vedere, portandomi sull'art. 694, che ivi è detto — decorsi tre anni dalla vendita, non si può far luogo a nuovo incanto....... se non con tutte le formalità *stabilite pel giudizio di spropriazione contro il debitore*, da cui si rileva che un giudizio nuovo di spropriazione deve istituirsi, cominciando dal precetto; il che per conseguenza si esclude nel caso opposto. Di questo diverso e sapiente concetto legislativo io credo di aver esposte le vere ragioni, esaminando l'articolo 694.

Ma una delle due decisioni stimò di vedere tuttavia una qualche differenza eziandio, col suo sistema di far traboccare nel richiamo tutta la materia del paragrafo primo. Scoperse qualche abbreviamento nell'applicazione dell'articolo 668 ed esser dispensata la notificazione al nuovo possessore. Lascio stare se cotesti appunti siano esatti; ma dirò che sono meschini, senza congruo risultato, non meritevoli che il legislatore ne avesse fatta una sì generale e profonda distinzione. Dirò che ciò non riplega nè punto nè poco all'omesso richiamo del paragrafo primo.

Una parola ancora all'esegesi degli articoli 665 e 667 ai quali vuole si abbia relazione l'articolo 689.

L'uno riguarda la forma della citazione, l'altro la forma del bando. Qui un'avvertenza di cui ora vedremo la importanza. Vi sono cose da aggiungere alle formalità dell'articolo 667 — *la indicazione del nome e domicilio del compratore e del prezzo della vendita precedente* (articolo 689).

Ha fatto impressione e sarebbesi trasformato in argomento decisivo, che tanto nella citazione dell'articolo 665, quanto nel bando dell'articolo 668, si voglia indicata *la data del precetto notificato al debitore e la trascrizione del medesimo*. Quello adunque che l'articolo 685 non ha dichiarato, cioè l'invio di un nuovo precetto e la necessità di una nuova trascrizione, lo avrebbe detto in un modo implicito e per *relationem* appellando ad un complesso di formalità nelle quali pur quelle indicazioni si riscontrano. Il che sarebbe invero assai strano dopo avere escluso il richiamo del primo paragrafo del quale è parte principale l'ordinamento del precetto e quello della opposizione. Ma non si è neppure avvertita la inesattezza materiale che sarebbe nel richiamo. Gli articoli 665 e 668 non contengono già la istituzione del precetto nè la sua forma come il 659, bensì la menzione che deve farsene nella citazione e nei bandi. Ma si obbietta: come se ne farebbe la menzione se non esistesse? D'accordo. Ma quando la legge va con questi salti, bisogna sospettare di averla male intesa. Ed è così: si è male intesa. La legge ordina *la intera riproduzione del bando* (fate osservazione) come fu prodotta nel giudizio di cui il presente è una continuazione. Tutto deve ripetersi; e dovendo tutto ripetersi è conseguente che si ripeta eziandio — *la data del precetto notificata al debitore e della trascrizione di esso all'ufficio delle ipoteche* — (articolo 665, num. 2°). Il precetto di cui si deve far menzione, *non è già un nuovo precetto che il creditore che domanda la rivendita* invia al deliberatario moroso; ma il *precetto originario* che fu base al giudizio di spropriazione, e che il pubblico invitato al reincanto ha tutto il diritto di conoscere per avere nel bando la storia esatta degli atti più importanti della procedura che si è eseguita, a lume e tranquillità del proprio acquisto.

Il *nome, cognome*, ecc., del compratore, e *il prezzo della vendita precedente* figurano nel nuovo bando come *addizioni* alle formalità indicate nell'articolo 667 (*inoltre*..... art. 689 in fin.), mentre la mano del cancelliere sa comporre la intestazione in modo che risulti il motivo per cui ha luogo il reincanto.

§ 4.

Delle eccezioni di nullità, delle domande di separazione di beni immobili, e degli incidenti.

Articolo 695.

Le eccezioni di nullità degli atti del giudizio di spropriazione devono proporsi quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, con citazione a comparire nel termine di giorni cinque.

Se l'eccezione di nullità sia proposta dal debitore, l'atto si notifica al procuratore del creditore istante; se sia proposta da altro interessato, l'atto si notifica anche al procuratore del debitore.

Se il debitore non abbia costituito procuratore, l'atto si affigge alla porta esterna della sede del tribunale.

Il tribunale pronunzia sulle nullità nell'udienza stessa, o in quella immediatamente successiva.

Le nullità non opposte nel tempo e nel modo sopra stabiliti non possono più opporsi neppure in appello.

Annotazioni.

1. Quantunque le controversie avvisate in questo § 4 non siano che *incidenti del giudizio di spropriazione*, nonostante è piaciuto al legislatore farne tre categorie, come avverte l'epigrafe di detto paragrafo. E prima si fa ragione delle *eccezioni di nullità*, tema che ci ha già occupato in altro luogo. A corroborare le differenze da noi rilevate, torna ora opportuno aggiungere il seguente passo del Boitard, che distingue i subbietti come io non saprei fare: « Comment distinguera-t-on « les moyens de nullité relatifs au fond de « ceux qui sont relatifs à la forme? Toutes les « fois que le demandeur en nullité prétendra « *que la saisie ne pouvait pas être pratiquée,* « *il abordera un moyen du fond* (1). Ainsi « nous appellerons demandes de nullité, sur « le fond, toutes celles basées sur la négation « de la créance du poursuivant, soit que le « demandeur à l'incidente soutienne que cette « créance a été payée, prescrite, compensée, « soit qu'il la prétende nulle par défaut de « cause, ou de consentement, ou annulable « par défaut de capacité, etc. ». E sulla nullità di forma: « La nullité de forme *suppose* « *que la saisie pouvait être faite*, mais le poursuivant n'a pas accompli toutes les forma- « lités et observé tous les délais prescrits par « la loi » (*Leçon de proc.*, articolo 728).

Quell'articolo enunciò il doppio ordine di mezzi nell'avvertito proposito di togliere un dubbio ch'era nato durante la legislazione del 1807, se l'angusto termine che quella procedura assegnava a proporre le *eccezioni di nullità* fosse applicabile anche ai *mezzi di fondo*. L'articolo 728 ha sciolto il dubbio in senso affermativo. Così assunte nell'insieme le eccezioni, si prescriveva il tempo entro il quale dovevano essere proposte a pena di decadenza. In quel sistema la procedura esecutiva immobiliare si divide ostensibilmente in due parti: la prima *sino alla pubblicazione del quaderno delle condizioni della vendita* (*cahier des charges*); l'altra *sino al deliberamento*. Le eccezioni dovevano proporsi tre giorni almeno prima dell'indicata pubblicazione, se anteriori; tre giorni almeno prima del deliberamento, se posteriori alla pubblicazione del quaderno. Altre procedure diversi termini assegnavano, ma il bisogno di limitare il tempo è sentito in tutte.

2. Il termine di 15 giorni è *unico* per noi

(1) O almeno che la esecuzione avrebbe dovuto o troncarsi per un fatto sopravvenuto o modificarsi a certi effetti sostanziali, ecc., di che porgiamo alcuni cenni d'esempio al num. 2 di questa Annotaz.

che non dividiamo il processo in due parti alla francese; il prescritto periodo di 15 giorni è il limite per ogni *azione* od *eccezione di nullità degli atti*. Giunti a quel punto, la validità del processo è assicurata.

Ma si presentano a sciogliere due quesiti.

a) *Lo stesso termine è prefinito alle eccezioni di nullità che sono relative al merito?*

b) *Tutte le eccezioni di nullità degli atti sono proponibili sino al termine suddetto?*

Rispondo al primo quesito. Nulla più chiaro di quelle parole della legge: *nullità degli atti del giudice*, ecc. Si è ritoccata l'espressione dei due anteriori Codici sardi, *le eccezioni di nullità* RELATIVE *agli atti di espropriazione e di subasta*, e il modo è uscito non meno evidente, ma con significato più esteso. Che ne seguirà pertanto? Il R. Editto ipotecario piemontese nell'articolo 110 aveva bene scolpita la distinzione fra le nullità nascenti da violazioni di formalità o da omissioni; e le corti del Piemonte con questa norma solevano giudicare, anche sotto le nuove leggi, che le *eccezioni di diritto sostanziale* riguardanti, a cagion d'esempio, i vizi del titolo esecutivo, la mancanza di podestà nel giudice o di facoltà nelle parti, la materia del pegno, il difetto di trascrizione, una eccezione di pagamento fatto o prima o durante il processo, la perenzione incorsa, e simili, potevano ognora proporsi prima dell'incanto (Casale, 28 ottobre 1851; Bettini, 1852, tom. II, pag. 840; cassazione, 3 aprile 1857; Bettini, 1857, tom. I, pag. 337).

Al secondo quesito rispondendo, si osserva, non potersi a meno di tener conto delle decisioni che vanno nascendo nel corso della procedura, e che, di ragione, rendono improponibili certe eccezioni, vuoi d'ordine o di merito, non per divieto del presente regolamento, ma per ostacolo che incontrano in altri principii di diritto giudiziario (*Comment. al Cod. sardo*, vol. 5, p. I, pag. 485). La sentenza di vendita che sancisce la spropriazione (articolo 666), per certo presuppone la validità degli atti precedenti, presuppone il diritto del creditore di procedere alla esecuzione. *Sotto il rapporto adunque della cosa giudicata* vi sono eccezioni d'ordine, o altresì di merito, che non possono più proporsi senza contraddire alla stessa cosa giudicata, e senza imporre al tribunale la revoca della propria sentenza. Così, sebbene la eccezione della viziosità o insufficienza del titolo esecutivo sia veramente radicale, non potrei ammettere che dopo la sentenza di vendita potesse opporsi. Forse a questo intendono quelle parole del testo, *degli atti... del giudizio di spropriazione*; giudizio che veramente comincia dalla sentenza di vendita.

c) *Se il prescritto termine di 15 giorni sia relativo al primo incanto, o abbia rapporto anche ai successivi.*

Vediamo la ragione della legge. Si vuole ad un congruo spazio anteriore all'incanto possedere la sicurezza che la validità del processo giunto a quel punto non sarà più messa in contrasto. Questa tranquillità è necessaria agli oblatori che si vengono preparando. Frattanto nuovi motivi di nullità possono presentarsi dopo il primo incanto, o gli stessi atti di subasta essere viziati di nullità. È necessario stabilire che la regola dell'art. 695 si riproduca in simili casi; onde le eccezioni di nullità dovranno proporsi 15 giorni prima del nuovo incanto.

Articolo 696.

Quando le eccezioni di nullità siano ammesse, il procedimento deve riassumersi dall'ultimo atto valido, e i termini per gli atti successivi decorrono dalla notificazione della sentenza pronunziata sulla nullità.

Articolo 697.

Quando le eccezioni di nullità siano rigettate, la vendita ha luogo nel giorno stabilito, senza che occorra alcuna notificazione

Articolo 698.

Qualunque modificazione o aggiunta alle condizioni della vendita deve proporsi quindici giorni prima dell'udienza stabilita per l'incanto, a norma dell'articolo 695.

Il tribunale pronunzia sulle domande relative nell'udienza stessa in cui si discute l'incidente, o in quella immediatamente successiva.

Se le modificazioni o aggiunte proposte siano rigettate, si applica la disposizione dell'articolo 697: se siano ammesse, il tribunale ne ordina la pubblicazione nel modo che creda più conveniente.

Annotazioni.

La facoltà di discutere le *condizioni della vendita* proposte nel bando è una bella disposizione utilissima e nuova. L'interesse e l'azione sono comuni al debitore e ai creditori; al debitore giova principalmente, mentre sebbene il bando non sia fattura del creditore, ma dell'uffiziale di giustizia, esso è redatto con materiali e per istanza del creditore. Interessato più di ogni altro, e anche il più istrutto, il debitore potrà fornire documenti e lumi a spiegare certe affezioni e qualità del fondo, rilevarne i vantaggi e le naturali attitudini. E questo diritto d'intervento che gli viene accordato, è nello stesso tempo la giustificazione della legge che affida ad altri che a lui, proprietario, la compilazione di un atto che è niente meno che il contratto di vendita giudiziale che deve subire.

L'incanto si sospende, ciò è manifesto, ogni volta che sorgano prima dei 15 giorni cotali incidenti. Questo vuol significare l'art. 697.

Articolo 699.

Chi voglia intervenire nel giudizio di spropriazione per far separare la proprietà, l'usufrutto, una servitù, o altro diritto reale dai beni da vendersi, deve notificare la sua domanda al procuratore del creditore istante e del debitore; se quest'ultimo non abbia costituito procuratore, la notificazione gli è fatta personalmente.

La domanda deve contenere citazione a udienza fissa anteriore a quella stabilita per la vendita.

Articolo 700.

Quando la separazione riguardi soltanto una parte dei beni, si procede alla vendita degli altri, salvo che il tribunale ordini di soprassedere.

Annotazioni.

1. Gli articoli 2205 del Codice civile francese, 2333 dell'albertino ora cessato, e il 2077 dell'attuale italiano, sono concordi nel ritenere, che la subastazione dei beni indivisi non può aver luogo *prima della divisione*, salvochè il procedente *non sia creditore di tutti i comproprietari* (come, trattandosi di eredi, fosse creditore del defunto); onde si conclude alla validità originale della esecuzione. Se la parte che spetta al debitore, quantunque indivisa, fosse determinata nella quantità o quota relativa, per esempio, nella metà dello stabile, non sarebbe meno necessario venire alla divisione prima della subasta, dovendo eziandio il *corpo* essere determinato, per ragione che ognuno intende. Il Codice di Ginevra (articolo 516), che autorizza la pratica contraria, non ha avuto seguaci.

2. Ho detto che si può fare l'esecuzione sul fondo indiviso, dottrina non del tutto pacifica dianzi, ora accertata dall'articolo 2077 del Codice civile. Il presente articolo 699 n'è luminosa conferma. « *La subastazione non può* « *essere fatta*, per la parte indivisa di un im« mobile, ad istanza di chi non è creditore « di tutti i comproprietari prima della divi« sione ».

Si comprende perchè sia lecito porre sotto pegno giudiziale uno stabile indiviso, o un complesso di stabili indivisi. E quasi sempre è urgente apprendere le cose del debitore che potrebbero sfuggire di mano nel corso d'una divisione preliminare. Avvertenze però non poche occorrono e cautele, onde anche nasce un ordine di procedura, non formulato, ma imposto dalla convenienza, o necessità delle cose.

È ben d'uopo che il creditore procedente si conosca dello stato dei diversi dominii che sono sullo stabile onde limitare la ingiunzione precettiva al vero debitore, e non estenderla agli altri condomini; onde misurare i termini

della trascrizione, che quantunque non determini la ragione nella quale si affigge, deve però significare con quale relazione all'intero colpisca la parte del debitore (1). Ciò non facendo il creditore, esporrebbe i suoi atti a giudizi di nullità che lo stesso debitore, come io penso, potrebbe provocare.

Colla maggiore accuratezza e cautela non si potrebbero tuttavia evitare intralci propri della situazione. La trascrizione *immobilizzando i frutti*, ciò porta impedimento a disporne: ecco dunque un vincolo gettato su tutta la proprietà indivisa, che avvince tutti i condomini. Ma è uno degli incomodi della comunione; i comproprietari sel devono sapere. Posto che il creditore agisca con diritto, è una posizione ch'essi, per un tempo più o meno breve, sono tenuti a sopportare. È nominato un custode generale ai frutti pendenti; misura autorizzata dai combinati articoli 608 e 600, che si estende anche ai frutti medesimi staccati dal suolo. Quanto più questo stato si prolunga, tanto più è grave; più grave in date circostanze, per esempio, se questo avviene alla stagione delle messi. Gravissimo se la presa del pegno cadesse sopra un istituto industriale indiviso, sopra uno stabilimento di commercio, che dovrà sottostare alle più importune ingerenze e a dannose sospensioni.

È una di quelle strane combinazioni nelle quali qualche interesse legittimo vien leso: o quello del creditore, o quello dei comproprietari indivisi che non sono debitori, ed è inevitabile; o il creditore deve con pericolo e danno sospendere le sue azioni, o i comproprietari non debitori sentire il contraccolpo dell'altrui debito: ma ho già osservato essere un incomodo della comunione ch'essi, volendo, avrebbero potuto evitare.

3. L'articolo 699 suppone che la *separazione delle proprietà*, ecc., sia richiesta dal *condomino;* suppone anche non essere il richiedente in causa, onde gli bisogni domandare l'intervento. Questo è un punto che merita riflessione.

La legge adunque suppone che sia stata praticata una esecuzione immobiliare su stabile indiviso; o come punto non lo fosse, ossia dissimulando che fosse indiviso, ovvero senza notificar gli atti agli stessi comproprietari, e citarli in giudizio per il loro interesse. Ma non è forse dovere assoluto del procedente lo spiegare che lo stabile è comune ad altri, e questi pure chiamare in giudizio? È impossibile pensare altrimenti. Dovrà eccettuarsi il caso di ignoranza non imputabile al procedente; se il solo debitore risultasse dai pubblici registri possessore; se altri argomenti non si avessero atti a giustificare questo modo di procedere. L'emergente è osservato dalla procedura sotto un aspetto particolare, e da un sol punto.

Sotto questo aspetto il rito è sufficientemente tracciato. Si comincierà da una domanda d'intervento alla foggia dell'art. 181. Il terzo intervenuto notificherà l'ordinanza alle persone e nei modi indicati dall'articolo 699, citandole avanti il tribunale per sentire ordinare la divisione. Vi ha pure determinazione di tempo; deve procurarsi una udienza *anteriore a quella stabilita per la vendita* (articolo 666, num. 3).

Se la domanda è ammessa, il procedimento esecutivo rimane sospeso; e tutta la serie delle precedenti operazioni ne risente la scossa. Se, nella supposizione di una proprietà di pieno dominio del debitore, vi sono state offerte di prezzo, perizie, pubblicazioni di bandi, tutto deve modificarsi; forse rifarsi. Si altera, per così dire, l'economia di tutto il giudizio.

4. La domanda di separazione dev'essere proposta prima dell'*udienza stabilita per la vendita*. Ciò è savio; ed affinchè la disposizione non sia illusoria, la domanda di separazione *fatta dopo la vendita* dovrebbe respingersi. Ma io avverto che le ingiunzioni di quest'articolo non sono comandate a pena di nullità (*V.* l'articolo 707). Ma quali sariano le conseguenze di un tale rifiuto? Si comprende che un fondo indiviso può esser venduto all'asta *per la parte che spetta al debitore;* ma o prima o dopo sarà necessario di venire alla divisione. Se, per esempio, *dopo il primo incanto* e il primo deliberamento si chiederà la separazione, non si troverà pur sempre utile e conveniente accordare una tale domanda? Gioverà allo stesso deliberatario; semplificherà le successive offerte, e porgerà un'aggiudicazione definitiva che sarà veramente definitiva, liberando l'acquirente e i condomini dall'imbarazzo della comunione. Vengo a concludere che la legge *non ha voluto coartare il tempo alla prima vendita;* ma permette di fare la istanza di separazione *prima della vendita definitiva*, dopo di che i condomini non potrebbero agire che in rivendicazione.

5. Ma ora bisogna osservare il processo da

(1) La metà, il terzo, il sesto di un dato immobile circoscritto ne' suoi confini, pertinente per indiviso al signor.....

quel lato di cui la legge non si è occupata, *dal lato cioè del creditore che è attore nel giudizio di spropriazione.*

È a lui che s'impone l'*obbligo* rigoroso di far eseguire la divisione *prima della subastazione* (art. 2077 del Codice civile); rimpetto ai comproprietari è semplicemente una *facoltà*, un diritto.

Che s'intende con quelle parole *prima della subastazione?* Secondo me *subastazione* significa in questo luogo la stessa *espropriazione*, che ha il suo reale ed effettivo principio dalla *sentenza di vendita*. Prima dunque di fare istanza per la vendita, e quindi prima di compilare gli editti, è dovere del procedente di far eseguire la divisione.

Questa dottrina già eloquentemente difesa da Lahary, oratore del tribunato, ebbe la più solenne sanzione nell'articolo 2205 del Codice civile francese (1); e noi non consentiremo che il nostro Codice abbia voluto consacrare una massima meno giusta nel tempo stesso che con felice espressione ha dissipate le antiche dubbiezze sulla qualità della comunione, non eccettuandone alcuna.

Pertanto dove fosse aperto e dimostrato che il bene è indiviso, io tengo dovrebbe il tribunale, anche d'ufficio, ordinare la divisione prima di pronunziare la sentenza di vendita.

Resta dunque che il nostro articolo 699 sia riservato a quelle domande di condomini, i cui diritti non risultavano evidentemente dai registri del censimento, o in altro modo egualmente perspicuo; per il che non può imputarsi all'attore di non aver fatto seguire egli stesso la divisione.

6. *Competenza della eccezione.*

Ognuno che ha interesse può opporre la nullità derivante dalla violazione dell'articolo 2205 del Codice civile, e quindi anche il debitore. « Il a intérêt, ha detto Dalloz, à eviter « une procédure frustratoire, et à empêcher « que l'état d'indivision ne détourne des en« chérisseurs ».

7. *Schiarimento all'articolo* 700.

La *separazione* può essere il prodotto d'una divisione che debba eseguirsi fra condomini; ma può essere altresì indipendente da divisione. Se Tizio ha colpito colla sua esecuzione due fondi, l'uno del suo debitore, l'altro di Caio che è un terzo, i fondi sono già distinti. Un edifizio ha due padroni; Tizio apprese anche alcune stanze dell'appartamento che non sono in proprietà del suo debitore; Caio, in virtù di titoli che definiscono i termini delle due proprietà, domanda la separazione. Abbiamo in somiglianti casi una parte incontroversa, e allora riceve applicazione l'art. 700. Talvolta le cose si dimostrano facilmente, talvolta no; nel dubbio il tribunale *soprassederà alla vendita*, perchè d'ordinario è di tutto interesse del creditore, e pur anco del debitore, di non fare due vendite separate, se questi ha veramente la proprietà dell'intero.

8. *Delle spese.*

Se il terzo proprietario che ha diritto alla separazione è così lento a promuoverne l'azione che un primo deliberamento abbia già avuto luogo (V. sopra, num. 5), può nascer dubbio se le spese dell'anteriore incanto, ch'egli poteva prevenire, non siano da porsi a carico suo. Ma s'egli è un terzo, se non intervenne e non fu chiamato in giudizio, chi potrebbe accagionarlo di non aver esercitato in tempo più comodo le sue azioni? Ninno, io credo, il potrebbe. Del resto, se il creditore procedente agisce regolarmente e secondo legge, anticipa bensì le spese che il debitore dovrebbe sostenere nella divisione (art. 684, capoverso 2°), ma egli n'è rifuso sul prezzo. Il comproprietario sostiene esso pure quella parte di cui avrebbe dovuto in ogni modo caricarsi, concorrendo di necessità nella divisione. Se il creditore avesse fatto istanza tardiva, e per tale ritardo prodotte spese inutili, è chiaro ch'egli, non il debitore, dovrebbe sopportarne il peso.

Articolo 701.

Qualunque altra domanda incidentale deve essere proposta e giudicata in conformità dell'articolo 695.

Annotazioni.

Cioè proporsi *quindici giorni prima della udienza stabilita per la vendita*, secondo il rito dell'articolo richiamato.

---

(1) « Néanmoins la partie indivise d'un cohéritier « dans les immeubles d'une succession *ne peut être* « *mise en vente* par ses créanciers personnels *avant* « *le partage* ou la licitation, etc. ».

§ 1.

Se elevandosi questioni per parte di terzi contro il portato dei bandi in giudizio di spropriazione e allo scopo di far valere diritti di proprietà, o altri diritti sostanziali, la procedura subisca mai una variazione da quella che è stabilita nel § 4 della Sezione I, Capo I, Titolo III.

È nell'articolo 573 una regola generale « nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario ». Il Codice rimane sempre fedele a questo principio, talchè in quei luoghi ove viene più specialmente a discorrere delle opposizioni che sorgono per assai diversi motivi nei giudizi di spropriazione, usa un linguaggio abbastanza significativo a mostrare che le controversie, qualunque siano, anteriori alla vendita, devono esser mantenute sul terreno della esecuzione, e non possono, a dir così, prendere il volo, per fuggire ad un'altra giurisdizione ove a tutto comodo svilupparsi in un processo formale.

In ogni procedimento esecutivo la legge opera con un intento deciso di favorire l'interesse dei creditori nella celerità e nella speditezza degli atti, benchè di sospensioni e di termini non sia avara ove lo richiegga o il bisogno di dare una certa comodità al debitore onde venir raccogliendo i propri mezzi fin dove sia possibile di sfuggire a quel brutto tiro della spropriazione, o il bisogno della pubblicità o dei replicati tentativi affinchè la vendita possa eseguirsi nelle migliori condizioni. Ma il metodo accelerato e direi impaziente d'indugi, si pare in ispecial modo quando si tratta delle opposizioni, o provengano dal debitore, o da terzi. Dalla caso del debitore sorgono per solito le questioni di nullità come sua ultima risorsa. Vi ha qualche cosa di sdegnoso nel fare della legge rapporto alle questioni di nullità. Non possono proporsi che in date condizioni del processo, e dalle sentenze che le rigettano non si concede appello (articolo 702, num. 3).

L'articolo 698 e l'articolo 699 estendono la vista alle quistioni sostanziali che tutte si considerano *incidenti* del giudizio di esecuzione. Possono esser questioni di una certa gravità quelle che riguardano *modificazioni o aggiunte alle condizioni della vendita*. Documenti importanti, che non solo le parti che sono in giudizio, ma ben anco persone estranee al giudizio possono produrre, si presenteranno meritevoli di discussione e di serio esame. Un terzo pretende sul fondo un diritto reale, di enfiteusi, verbigrazia, di servitù o di usufrutto, ed ha interesse che il suo diritto sia mentovato nel bando affinchè il deliberatario possa caricarsene; il che porta necessariamente una modificazione delle perizie ed una diminuzione del prezzo. Simili questioni serbano tuttavia il loro carattere incidentale e sono quindi conosciute per propria ragione dal tribunale che presiede alla esecuzione.

L'articolo 699 contiene nominatamente le più ardue controversie che possano suscitarsi da terzi, e sono quella della rivendicazione. *Far separare la proprietà, l'usufrutto, una servitù, o altro diritto reale dai beni da vendersi*, non è altro che esercitare una rivendicazione. Chi può dire la gravità di simili disputazioni? Eppure il terzo che muove siffatte azioni le quali nei così ordinari darebbero luogo a larghi giudizi formali, deve contentarsi di discuterne in un processo sommario, a udienza assegnata; e d'altra parte quelli che hanno interesse di respingere l'attacca (debitori e creditori) debbono limitare a questo campo lo sviluppo delle loro difese. E notate che quella che non propriamente chiamasi *separazione*, potrebbe anche involgere tutta la sostanza colpita dall'esecuzione, come si desume chiaramente dall'articolo 700.

Ferma la competenza, è altresì indisputabile la modalità del procedimento che è sempre il sommario. Come questa è la forma statuita ai giudizi esecutivi, una controversia che la legge ritiene incidente, malgrado la gravità alla quale sia per elevarsi, non potrebbe reputarsi più importante della principale per eccitare un procedimento formale, recando in mezzo al giudizio esecutivo una sospensione incongrua e fuori della sua natura. Dipende dalla saggia direzione del magistrato regolar le cose in modo che non manchi un certo spazio alle difese. Ordinerà la sospensione degli atti esecutivi se grave ed importante gli apparisca la controversia, e la sua decisione sarà appellabile giusta gli articoli 702 e 703.

Ho sentito dire che senza dubbio a un tale sistema, alquanto angustioso, si assoggettano coloro che intervengono spontanei nel giudizio; al quale riflesso fa strada in certo modo

l'articolo 699 ..... *chi voglia intervenire*, ecc. Onde si deduce che se un terzo, non come attore si presentasse ma fosse citato, nella sua qualità di convenuto potrebbe sottrarsi alla competenza del tribunale, se altro sia quello della sua residenza e del suo domicilio; e così voler piatire colla maggiore comodità di un procedimento formale, quasi per lui non esista un giudizio di esecuzione.

Primieramente non bisogna illudersi sulla *spontaneità* di quel proprietario che viene in giudizio di spropriazione a rivendicare i beni di sua ragione confusi nel sequestro. Può avere il carattere di volontario l'intervento del terzo, che secondo il tema generale dell'art. 201, per un interesse anco non urgente o senza una vera necessità si presenta al giudizio. Ma un proprietario i cui immobili sono stati arbitrariamente esposti all'asta pubblica, nell'urgente pericolo di perderli, ha poca libertà di scelta, ed è costretto a subire il giudizio. Nonostante questa vera coazione alla quale obbedisce, egli non può avere a reclamare e a difendersi maggiore spazio di tempo di quello che gli concede la forma sommaria in mezzo alle angustie di un processo esecutivo.

È difficile che qualunque altro terzo che venga citato nello stesso giudizio, vanti un interesse più ragguardevole. Checchessia egli non può aspirare a una posizione giudiziale più vantaggiosa. Cominciato il processo esecutivo, è statuito, come io diceva, che ogni istanza deve decidersi in quell'ambito e nel perimetro di quelle forme. Se può sentirsi dell'eccezionale in questo modo di procedere, noi non abbiamo altra risposta che la volontà del legislatore che assegnato al giudizio esecutivo un effetto speciale conforme alla sua propria natura, non permette alle questioni intermedie una portata che nel suo sistema sarebbe esorbitante. Ma se questo medesimo giudizio passa in grado d'appello, cangia il punto di vista: è ciò che vengo a dichiarare in una delle Aggiunte che seguono.

§ II.

Altri schiarimenti sugli articoli 695, 698, 699 sul termine a comparire, che deve assegnarsi nella citazione (*Dalla 2ª edizione*).

Si è creduto che la disposizione di questo articolo contenga qualcosa di diverso da *un incidente:* alcuno ha detto doversi considerare il giudizio di separazione come un vero giudizio principale.

Le osservazioni che abbiamo già premesso intorno a questo articolo mostrano che tale non è la nostra opinione. Se un giudizio sia principale o incidentale è sempre una questione di relazione. È principale quello che ha un proprio oggetto ed è fine a se stesso; è incidentale quello che nasce in occasione di un altro giudizio, e s'introduce in un processo pendente, o con atto simultaneo iniziato all'effetto d'influire in un modo qualunque sulla decisione. Non deve farsi ragione della natura del giudizio dalla gravità della materia che contiene. La *separazione*, come qui si chiama, inchiude o può inchiudere materia di una rivendicazione: e niente osta che in luogo d'introdursi con domanda incidentale in un processo di vendita, si muova azione oggettivamente diretta a rivendicare l'immobile dall'illegittimo detentore qualunque sia. E allora è un vero e schietto giudizio principale. La incidentalità, lo ripeto, è una indagine sulla forma e sulla posizione di due giudizi l'uno rimpetto all'altro: o sebbene la materia sia tale che possa essere contenuta in un giudizio per sè stante, qualora occorra di trattarne subordinatamente ad un altro, per l'attinenza logica che vi ha, assume il carattere di trattazione incidentale sebbene nella sfera del proprio oggetto possa derivarne una risoluzione definitiva (1).

Che la materia della *separazione* possa essere contenuta in un giudizio di spropriazione come più ampio o capace formandone un episodio più o meno importante, è cosa che la legge stessa si prese cura di stabilire, occupandosi di una tal maniera di giudizio nell'articolo 689, e mostrando ch'esso introducesi *per via d'intervento* nel giudizio di spropriazione. E l'intervento è sempre e per propria natura giudizio incidente, attaccandosi ad un altro giudizio che trova già radicato, e traforando in esso per farne parte come di un tutto.

(1) Poichè la sentenza decide anche incidentalmente un punto controverso, e può essere in dati casi separatamente appellabile.

Amerei che si finisse di questionare su queste cose; ora dirò che non occorre alla istanza di separazione essere principale per far constare che il termine della citazione ordinata dall'articolo 699 non è il termine dei *cinque giorni* assegnato dall'articolo 695. Vedremo più sotto la ragione della differenza. Intanto è da osservare che l'articolo 695 non intende che alla nullità, e pone cinque giorni. Più avanti (articolo 698) si parla *di modificazioni ed aggiunte alle condizioni di vendita; e si ordina citarsi a norma dell'articolo* 695.

Ma qui si affaccia qualche dubbio. La materia dell'art. 698 è suscettiva di una ben importante estensione; e questioni di sostanza, meglio che di forma, possono venire con essa. La *modificazione del bando*, allorchè eccede i rapporti del debitore e dei creditori ugualmente interessati nella veracità ed esattezza di quella pubblicazione, e involva ragioni di terzi, può eccitare in realtà gravi controversie. Ne abbiamo avuto testè l'esempio in questa corte suprema di Firenze (nella causa Pallini), benchè la questione del termine rimanesse vinta dai fatti adesivi dell'opponente. Si sosteneva la esistenza di un affitto a lungo tempo; i conduttori avevano protestato; la protesta indusse la necessità di doverli citare; il termine assegnato a comparire era di *cinque giorni*, in omaggio dell'articolo 685. Quei subbietti che si presentano nell'articolo 699 sotto forma di separazione, possono, in parte almeno, presentarsi sotto l'aspetto di correggere o mutare le enunciative del bando. Il bando diventerebbe la espressione di un diritto preteso da terzi, negato da coloro che hanno interesse di non ammetterlo per la più o meno sensibile diminuzione di valore di cui è per risentirsi il prezzo degl'immobili dati in vendita. Un usufrutto, una servitù da esprimersi nel bando come gravame sostanziale del fondo, equivale talvolta negli effetti alla *separazione* dello stesso usufrutto o della stessa servitù, che in realtà non si rivendica ma si manifesta e si annunzia onde il compratore ne assuma il carico. Contuttociò la legge è molto disinvolta nel dire che tali domande devono proporsi *quindici giorni prima dell'incanto, a norma dell'articolo* 695.

La parte lucida dell'articolo 698 è la determinazione del tempo dopo il quale la domanda non può farsi; all'effetto che da quel punto rimanga accertata la stabilità del bando, e a tale effetto sembra riferirsi l'inciso — *a norma dell'articolo* 695. — Tuttavia altri riflessi convincono che il termine dei *cinque giorni* deve tenersi.

Il richiamo della disposizione dell'art. 695, esplicito nella parte che riguarda il limite di tempo a proporre la istanza, non potrebbe facilmente respingersi nella parte che prescrive il termine a comparire, essendo la *norma* qualcosa di comprensivo, e se in questa parte non doveva seguirsi quella dell'articolo 695, si ha ragione di credere che un termine diverso si sarebbe statuito, conforme a ciò che si è fatto nell'articolo 689. Il riflesso sarà avvalorato dalle osservazioni che veniamo a fare su quest'ultimo articolo. Del resto, qualunque sia la gravità di tali questioni, le disposizioni, anzi che no angustiose, che si leggono nel seguito dell'art. 698, mostrano che poco si differenzia un simile incidente da quello che produce in mezzo una questione di nullità. Havvi finalmente l'art. 701 che, toltane la istanza *di separazione*, ogni altra domanda incidentale sottopone alla norma dell'articolo 695.

Ma l'articolo 699 nel fatto che prevede, benchè non consideri e non possa considerare che una istanza incidentale (1), si scosta alquanto da questi concetti. In primo luogo cessa la condizione del punto di partenza, cioè dei quindici giorni prima della vendita. Basta che la domanda sia fatta prima della vendita, e in modo che prima di quella sia fissata l'udienza. Evidentemente la legge annette a tale domanda un maggior interesse, perciò potrà essere proposta a maggior urgenza. In tale veduta era congruo lasciare, a così dire, una certa flessibilità nel termine, e qualcosa di discrezionale al magistrato per regolarsi secondo le circostanze del tempo. Con un tale potere che il presidente del tribunale ha dall'articolo 654, il termine potrà anch'essere minore dei cinque giorni: termine che in qualche caso potrebbe formare ostacolo insormontabile alla domanda (2). Riflettasi che tutto ciò favorisce l'attore interveniente, restringendo alquanto la facoltà dei convenuti, quantunque in altri casi di minor pressa il presidente potrebbe anche assegnare

(1) La prova è nel carattere subalterno di questo giudizio, come abbiamo dimostrato di sopra: letterale e la dizione dell'articolo 701, che dopo aver parlato nel precedente *della separazione*, aggiunge — *qualunque* ALTRA *domanda incidentale deve proporsi*, ecc.

(2) Se il tempo mancasse.

un termine più comodo del cinque giorni. E in questo diversifica espressamente l'articolo 699 dai suoi colleghi che lo precedono, e specialmente dall'articolo 695.

È ancora notevole che se la udienza è fissata *prima di quella della vendita*, non se ne deduce però che in quella medesima udienza debba esser decisa la causa. La podestà del tribunale *di soprassedere agli atti esecutivi* è già dichiarata nell'articolo 700, il che non si legge rispetto alle altre istanze. La *separazione* può sconvolgere in realtà tutto il piano della operazione, e ridurre il materiale dell'asta giudiziale a proporzioni assai più ristrette.

Diciamo una parola sulle persone da citarsi in conformità dell'articolo 699.

Si parla di *notificare*, e si vuol dire *citare*, perchè *la domanda deve contenere la citazione*. La domanda si notifica ai *procuratori* del creditore e del debitore; ma qui una differenza che ha la sua ragione nella legge. Il creditore istante deve aver costituito il suo procuratore nella citazione con cui ha provocata la vendita (art. 665 in fine), dopo avere eletto domicilio in luogo coll'atto di precetto (articolo 563). Il debitore non è obbligato a tale formalità; e non avendo costituito procuratore, *sarà citato personalmente* (1). L'articolo perciò suppone avere il terzo domandato l'intervento *dopo la citazione di vendita:* forsechè non può domandarsi prima di quel tempo?

Il creditore che per avventura ha trovato il suo debitore possedere i fondi *A*, *B* e *C*, e senza troppo sottilizzare nell'esame dello pubbliche allibrazioni che gli avrebbero rilevato il suo inganno, ritenuto che dei tre fondi il debitore sia proprietario, li comprende nel precetto esecutivo; e trascritto il precetto, li subordina all'oppignoramento. Invece, del fondo *C* il debitore non è che semplice amministratore. Il vero proprietario domanda la *separazione* prima che siasi fatto passaggio alla istanza di vendita. Chi potrebbe negargli una tale facoltà per costringerlo ad aspettare che siasi anche promossa la istanza suddetta? Quelli solo lo potrebbero che non vedono nelle conseguenze prodotte dalla trascrizione e notificazione del precetto una esecuzione incominciata! Ma poichè ciò è assurdo quanto può esserlo la negazione del fatto evidente, converrà permettere a quel proprietario di sollecitare la liberazione del suo fondo da vincoli che non deve sostenere. Appena dunque gli sarà manifesto tale stato di cose, potrà fare la sua istanza; egli spedirà la citazione al creditore *al domicilio eletto* (articolo 563), e non sarà il caso di doverlo *citare personalmente*.

§ 5.

Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di spropriazione.

Articolo 702.

Non sono soggette ad appello:

1° Le sentenze che nominano il perito a termini dell'articolo 666, n° 1, e quelle che prescrivono maggiori pubblicazioni delle ordinarie;

2° Le sentenze con le quali siasi provveduto sopra domande in surrogazione a norma dell'articolo 575;

3° Le sentenze che rigettino eccezioni di nullità, o modificazioni, o aggiunte proposte alle condizioni della vendita;

4° Le sentenze di vendita anche in seguito ad aumento o rivendita.

Se però nei casi, di cui nei numeri 3 e 4, siasi anche pronunziato sopra incidenti, per cui sia ammesso l'appello, e l'appello sia stato proposto, gli effetti di questo si estendono a tutta la sentenza.

(1) Il che non significa *in persona propria*, come si è spiegato altrove.

Annotazioni.

1. Le eccezioni nominative confermano la regola generale dell'appello, giusta le osservazioni fatte all'articolo 655.

Al numero 1.

La perizia ordinata dal tribunale (art. 666, n° 1) avendo puramente per oggetto di mettere in miglior luce la verità, non è un giudizio contenzioso: è atto d'ufficio del giudice. Se contenesse errori, può domandarsi la correzione per incidente, ma neppure dalla sentenza che fosse per nascerne, si concede appello.

Quanto all'altra perizia presignata nell'articolo 664, è negato persino il *reclamo* per la questione del *valore;* il che significa non potersi neppure ricorrere al collegio per una correzione qualunque (1).

Al numero 2.

Se « non si fa luogo a *reclamo* contro la « relazione di perizia *per quanto riguarda il* « *valore* » (art. 664, capoverso 3°), nelle altre parti, e dove d'altri vizi si tratti, si ammette il reclamo: *ma si ammette eziandio l'appello?* Non sarei di questo avviso. Vero è che per l'articolo 702, num. 1°, non è letteralmente eccettuato il caso, ma la volontà del legislatore sembra nonostante chiara, perchè dal *diritto di reclamo* non può inferirsi a quello dell'appello; e meglio ancora si argomenta dalla qualità dell'operazione che mantiene carattere ordinativo anzichè giudiziale, non facendo ragione di verun diritto delle parti, ma solo conferendo a preparare il materiale della vendita. Il rito poi è talmente semplice *che non è neppure necessità di sentire il debitore.*

Al numero 3.

Il tribunale nella sentenza di vendita *può fare le aggiunte e variazioni che crede opportune alle condizioni* proposte dal creditore (articolo 666, n° 2); e questo è atto d'ufficio. Ma è pure in facoltà delle parti dimostrare che *aggiunte* e *modificazioni* devono farsi (articolo 698), ed è una domanda incidente che osserva il rito speciale dell'articolo 695; rito assegnato ad ogni altro incidente del giudizio di spropriazione, che non sia quello dell'articolo 699 (articolo 701). Quantunque si tratti di un vero giudizio, la materia non sarebbe abbastanza grave per giustificare un appello, e l'economia del processo esecutivo ne sarebbe turbata senza competente ragione.

Al numero 4.

Le *sentenze di vendita* non sono giudizi; non si decide del diritto o del torto, si proclama l'esistenza giuridica di un fatto legale; *non si giudica, si aggiudica;* la sentenza di vendita rappresenta il complemento, l'ultimo esito del processo esecutivo.

2. Se non che in sentenza per se stessa inappellabile può insinuarsi un elemento contenzioso di sufficiente gravità per autorizzare l'appello; ciò avviene nelle cause unite; e in effetto sono due decisioni in una sola sentenza. La preponderanza che ottiene il principio dell'appellazione fa cedere il bisogno della celerità al diritto di esame: si è dovuto riflettere che il punto controverso costituisce una vera questione pregiudiziale che merita la preferenza (2).

L'articolo 702 *contiene due categorie di sentenze:* le une inappellabili assolutamente; le altre inappellabili per sè, ma che possono tuttavia subire l'appello associandosi ad una risoluzione appellabile. Le prime sono rassegnate ai n. 1° e 2°; le altre ai n. 3° e 4°. Le prime si considerano meramente ordinatorie, e ripugnano di associarsi con decisioni che in qualche modo inchiudono una cognizione di merito. Se, per esempio, si sollevino questioni sul diritto di procedere, sulla inesistenza del credito, o nullità del titolo esecutivo, il tribunale non riunirà la cognizione di simili incidenti alla sentenza *con cui nomina il perito, o prescrive maggiori pubblicazioni*, ciò sarebbe forzato, potrebbe dirsi un connubio impossibile. Ecco perchè tali sentenze si dichiarano inappellabili assolutamente. Ma facciamo lo strano supposto che il tribunale abbia voluto fare questo amalgama: quale sarebbe la conseguenza? Non esito a rispondere che *la sentenza sarebbe appellabile in quella parte ove decide l'incidente di fondo:* e porterebbe in conseguenza la sospensione del procedimento (3).

(1) Non è *reclamo* una istanza che allo stesso giudice si faccia per alcuna rettificazione di fatto e necessaria.

(2) L'articolo 702 ha portato una modificazione all'articolo 882 del passato Codice sardo del 1859. La sentenza di *reiezione delle eccezioni di nullità* erano appellabili, dovendosi però interporre l'appello entro quindici giorni.

(3) Chauveau ha detto in questo proposito: « Si « des incidents ont été soulevés, *il y a jugement* sur « ces incidents puis après publication ou adjudi- « cation; mais ce n'est pas la publication ou l'adju-

Fin qui ho parlato di *incidenti di merito* riuniti a una *decisione d'ordine*. Anche la *surrogazione di un creditore ad un altro*, per continuare gli atti, è considerata materia ordinatoria. Nondimeno è suscettiva di serie difficoltà. Si nota nel Dalloz un giudicato della corte di Parigi, del 13 luglio 1850, che disse inapplicabile l'articolo 730 (1) in caso nel quale si disputava non della negligenza dello espropriante, ma sulle *qualità giuridiche del surrogato*; e si fece luogo all'appello. Decisione consimile della corte d'Amiens, 19 luglio 1852 (*Recueil pér.*, 1854, n. 679, v° *Vente publique d'immeubles*, n. 1470, *Commentario al Codice sardo*, vol. 5, parte I, pag. 497).

Ma io non credo imitabili codesti esempi. La lettera della legge è troppo precisa. Ammetto che controversie di qualche gravità potranno eccitarsi, ma essendo ad ogni modo insite nel subbietto di una tale sentenza dichiarata inappellabile, non saprei come potesse introdursi una distinzione dedotta non dall'*oggetto*, che statuisce il carattere della sentenza, ma dalla difficoltà intrinseca della questione.

AGGIUNTA.

Non debbo tacere che la giurisprudenza si è venuta anche fra noi allargando in questo senso. Contiamo una sentenza della corte di Firenze del 29 marzo 1869 (*Annali di giurisprudenza italiana*, 1869, t. II, p. 42), e una della cassazione di Napoli, del 17 aprile 1869 (ivi, I, 130). In questa decisione, che io esamino con tutto il rispetto, si comincia dal confessare che a rendere un tale giudizio, e per applicare, come si dice, esattamente la disposizione della legge, è necessario *far l'operazione inversa a quella del legislatore;* « il « giureconsulto dee trarre il concetto delle « parole che ha sotto gli occhi, e quando in « questa operazione s'incontra in parole il cui « senso letterale violerebbe la ragione, la giu- « stizia, i principii della legislazione, *dee tro- « varvi una inesattezza di linguaggio*, piuttosto « che la volontà di commettere quella viola- « zione ». Singolare teoria, mi si perdoni, che avrebbe per effetto niente meno che di costituire legislatore il giudice che col pretesto d'ingiustizia potrebbe rifare le leggi secondo il concetto ch'egli avesse nella mente del giusto o dell'ingiusto, oggettivo ed astratto. Io deploro questo modo di esprimersi sfuggito alla redazione sebbene nella tesi accennata dalla sentenza, la conclusione potesse riscontrarsi vera e ammissibile. Dichiaro adunque e svolgo un po' più avanti il mio concetto.

Parlando del caso della surrogazione di un creditore all'altro per continuare la esecuzione, non bisogna certamente dipartirsi dai termini dell'articolo 575 al quale pure espressamente si richiama l'articolo 702. Ora ciò che deve principalmente osservarsi egli è, se la istanza e il giudizio non oltrepassi per avventura l'*oggetto* contemplato nell'articolo 575, che è semplicemente quello che ho detto *di sostituire un creditore all'altro, all'unico scopo di continuar gli atti* rimasti interrotti per trascuranza del creditore procedente.

Ben si scorge che qui non si tratta che di una mera questione ordinatoria, per cui la legge ha potuto attribuirvi una mediocre importanza, e quindi stabilire che le sentenze *colle quali siasi provveduto sopra domande in surrogazione a norma dell'articolo* 575 sono *inappellabili*. È vero che certe qualità giuridiche si ricercano in colui che vuol continuare la procedura; si deve *aver preso parte all'esecuzione mobiliare*, o *essere creditore iscritto*, e poichè di tutto si disputa, può disputarsi anche di questo, ma a qual effetto? Sempre a questo solo, di sapere se Tizio sia o no ammissibile a continuare la procedura in luogo di Caio. Non è questa la sede per decidere il fondo della questione. Se uno abbia avuto parte nella esecuzione deve rilevarsi dai verbali, o dal precetto regolarmente trascritto se trattasi di espropriazione. Se uno sia iscritto, lo dirà il certificato delle ipoteche. Ma aveva il credito o non aveva il credito? La iscrizione è valida o non valida? Verrà il giorno in cui si dovrà discuterlo, quando si apra un concorso dei creditori sul prezzo. È forse sul limitare della esecuzione, per cominciar gli atti, o per proseguirli che si faranno tali controversie? Basta che il credi-

---

« dication qui tranche ces incidents, elles ne sont « que la conséquence du jugement qui a statué sur « le plus o le moins de fondament. S'il *y a appel « d'un jugement qui a statué sur un incident*, et que « cet appel soit admis, la publication tombera évi- « demment, *sans qu'il soit aucunement besoin de di- « riger aussi un appel contre cette publication* » (articolo 730, quest. 2423 sept.). Chauveau suppone però che le pronunzie siano separate. Se noi siamo poco chiari in questa parte della procedura, in verità i francesi lo sono ancor meno.

(1) « Ne pourront être attaqués par la voie de « l'appel: 1° les jugements *qui statueront sur la de- « mande en subrogation contre le poursuivant*, à « moins qu'elle n'ait été intentée pour collusion ou « fraude ».

tore apparisca tale, che abbia avuto parte nella esecuzione, o sia iscritto; e quando su ciò sia per elevarsi questione, anche di una certa gravità, sia pure, non avrà altra importanza fuori di quella, se costui sia abile o no a continuar gli atti. E se questioni di sostanza vi si vogliano introdurre, sono ultronee, e il giudice prenderà prontamente il suo partito. O troverà che il creditore si presenta in sufficienti condizioni estrinseche perchè gli si possa concedere questa facoltà a comune vantaggio, per essere più diligente degli altri, e pronto a sostenere le spese, tanto meglio, e riserverà le ragioni di fondo a sede più opportuna. O le cose sono abbastanza torbide per non concedere neppure questo semplice diritto di prosecuzione che non potrebbe nuocere che al solo debitore, darà congedo alla sua domanda, salvo anche per lui il disputare altrove del suo diritto, che non ha tampoco l'apparenza di esserlo. L'eccesso *d'ingiustizia*, la violazione dei più alti principii della legislazione, io non saprei vederla nella inappellabilità di una sentenza che non ha che questo scopo e non può averne alcun altro se chi è destinato ad applicare le leggi del processo ne comprende bene lo spirito.

La legge fa studio di celerità nei giudizi esecutivi, parte anch'essa importantissima di giustizia. Se per un provvedimento d'ordine si permettessero larghe controversie e appellazioni, fra tanti che hanno interessi contrastanti, il giudizio esecutivo sarebbe bene spesso sospeso, e trabalzato ad altri tribunali senza un oggetto proporzionato. Che se vi s'introducano questioni estranee e d'indole più elevata, allora non si tratterà più dell'art. 575 e del modesto suo còmpito, e potrà essere ammessa l'appellazione, quando il tribunale decida realmente tali questioni. Ma allora non avremo mestieri di alterare il dettato della legge a comodo della nostra interpretazione. Ove però il tribunale forse motivando sulle questioni, ma senza comprenderle nel suo dispositivo, non faccia che provvedere sulla surrogazione, come dice l'articolo 702, e *modicum præjudicium* essendo nella sentenza, la legge è là per dirci che essa è inappellabile.

3. Rapporto alle categorie dei numeri 3° e 4° la legge trova più compatibile l'unione *d'incidenti per cui sia ammesso l'appello*: e l'appello *si estende a tutta la sentenza*. Tizio debitore, espropriando, muove incidente perchè gli sia tenuto conto dei pagamenti di recente eseguiti. Intanto si pubblica il bando. Tizio crede che nel bando siano state omesse formalità necessarie, e con altra istanza ne domanda la nullità. Il tribunale giudica amendue le istanze con una sola sentenza; rigetta quella di nullità; rigetta pure la eccezione di pagamento. È il caso del capoverso del nostro articolo.

La corte d'appello di Bologna con una notevole sentenza del 25 febbraio 1870 (*Annali di Giurisprudenza*, 1870, t. II, p. 233) decise che la sentenza di vendita dichiarata inappellabile nell'articolo 702, n. 3, è quella contemplata nell'articolo 685 non già l'altra portata nell'articolo 666. Distinzione assai bene compresa e di facile dimostrazione. E basti osservare che la sentenza *che autorizza la vendita*, oggetto dell'articolo 666 *non è la sentenza di vendita*. Nel primo caso la vendita è da farsi, la sentenza emana a processo pendente, mentre le parti sono presenti coll'armi alla mano e disputanti ancora le loro ragioni; interessa alla giustizia che sia lasciato un corso conveniente a sciogliere le questioni che veri o creduti errori della sentenza avessero prodotte. L'appello è pur sempre a termine breve ma non può negarsi per non soffocare lo svolgimento del processo. *Sentenza di vendita* è quella dell'articolo 685 che ne dichiara i requisiti ed esibisce la formola.

Lo stato degli atti, come ognun vede, è troppo diverso. La sentenza di vendita chiude il processo e non fa che rendere solenne ed esecutiva la vendita già consumata. La legge però, causa procedendo, non inibisce l'appello in modo assoluto, fuorchè nei primi due casi attesa la tenue importanza dell'oggetto; ma nei due seguenti nei quali controversie di sostanza possono essersi frammischiate alla forma, quali sono quelle preavvisate nel § ., art. 695, ecc. accorda l'appello, *dato però che le questioni siano già state proposte*, e in conseguenza il tribunale abbia *pronunziato*. Le questioni non si potrebbero proporre *ex novo* avanti la corte d'appello; ed è molto riflessibile. All'incontro nella specie dell'art. 666, la novità sarebbe giudicata colla norma dell'articolo 486. Secondo le massime ricevute nella giurisprudenza, il debitore, a cui danno procede la esecuzione, potrebbe sempre proporre le sue eccezioni. E quindi nel caso del ripetuto articolo 666 provocare l'appello.

Articolo 703.

L'appello da ogni altra sentenza deve proporsi nei quindici giorni dalla notificazione di essa.

L'atto d'appello si notifica ai procuratori delle parti che hanno interesse contrario alla riforma della sentenza, e al debitore a norma dell'articolo 695, con citazione a comparire davanti la corte nel termine di giorni dieci.

Nel giudizio d'appello promosso da qualunque interessato deve citarsi il creditore istante, il quale deve, sotto pena del risarcimento dei danni, riprodurre i documenti che ha presentato nel primo giudizio.

Annotazioni.

1. *Se la forma eccezionale dell'appello debba osservarsi anche rapporto a quelle sentenze che decidono questioni di esecuzione ma anteriori alla sentenza di vendita.*

L'esperienza omai lunga che si è fatta dell'articolo 703, ha dovuto fissare la convinzione in uno dei due sensi opposti così fortemente disputati (1). Quanto a me nei lunghi discorsi che ho premessi intorno alla varia natura e importanza dei precetti esecutivi, ho data della mia modesta opinione argomenti sufficienti, secondo io penso, a dimostrare che col precetto, debitamente trascritto, giusta l'articolo 659, la esecuzione immobiliare ha avuto il suo cominciamento e quindi ogni sentenza che si pronunzia intorno all'esecuzione, o che dalla esecuzione viene occasionata, cade nella generale disposizione dell'art. 703. La sentenza di opposizione al precetto vi è dunque compresa: appellabile ma nel termine di 15 giorni. Solo le sentenze, quantunque incidentali, proferite, nei giudizi di separazione, per volere espresso dell'articolo seguente si portano in appello col termine ordinario, e questo sia suggello che negli altri casi rimane nella sua completa e letterale osservanza l'articolo 703.

2. *L'appello è sospensivo; ma può essere ordinata la esecuzione provvisoria di una sentenza di vendita?*

La esecuzione provvisoria si applica alle sentenze che pronunciano condanne; la sentenza di vendita è il complemento della stessa esecuzione, ma che può subire ritardi, e anche pericolare, ammesso l'appello. Altro è che si permetta l'esecuzione, nonostante appello, altro è che la esecuzione accordata si precipiti con disposizioni del giudice, precidendo i termini che la legge ha prudentemente distribuiti in equilibrio dei rispettivi e conflittanti interessi. Il criterio della esecuzione provvisoria delle sentenze è fondato in altro ordine di idee. Oltre di che, analizzando le condizioni speciali divisato dall'articolo 363, sarebbe facile dimostrare che non hanno rapporto di applicazione.

In generale, io non troverei luogo a concedere la *esecuzione provvisoria di una sentenza esecutiva* se trattisi di un caso in cui è concesso l'appello. Qualche decisione può addursi che si mostra favorevole a questa tesi (corte di Torino, 13 febbraio 1857, Bettini, 1857, tom. I, pag. 191). Ma non debbo dissimulare che la giurisprudenza francese ci fornisce esempi non pochi in contrario. In casi nei quali furono rigettate eccezioni di nullità, si vide accordata la esecuzione provvisoria, non ostante appello (cassazione, 13 gennaio 1840, *Journal Av.*, tom. LVIII, pag. 248; Rennes, 15 gennaio 1820; Dalloz, v° *Vente d'immeubl.*, n. 1357). Ma l'opinione dei giuristi non fu mai tranquilla su questo punto. Nell'occasione delle riforme del 1841 si suscitò la questione di massima, troncata pei nuovi temperamenti adottati che toglievano quasi l'importanza di siffatta questione. In parte la nostra legislazione è diversa. Noi non ammettiamo l'appello da sentenze *che rigettan eccezioni di nullità* (articolo 702, n. 4).

3. *Interposizione e notificazione dell'appello.*

Chi possa interporre l'appello non è detto nel nostro articolo. La interposizione è per regola *atto di parte*. Atto di somma importanza nelle sue conseguenze: il procuratore non può ritenersi aver tale facoltà se non specialmente accordata.

La notificazione invece, per comando della legge, *si eseguisce ai procuratori*. Da questo lato l'assunto della notificazione è un atto di difesa, e appartiene al patrocinio.

Non si comunica a tutte le parti che sono in giudizio, *ma soltanto a quelle che hanno un interesse contrario alla riforma*. È una questione di fatto (1).

---

(1) Variabile cioè secondo la posizione delle questioni e delle parti; ma finirebbe col sottomettersi alla competenza della cassazione, potendo involvera la violazione di un principio giuridico del maggior rilievo.

La legge sta in dubbio se il debitore abbia costituito procuratore e provvede col richiamo dell'articolo 695. Ma quanto ai creditori o interessati che devono citarsi, supposto che non abbiano costituito procuratore? Rammentiamo che il creditore che ha provocata la sentenza per la vendita, devè aver eletto il suo procuratore secondo l'articolo 134 (art. 665, n. 5). Il creditore ipotecario avrà eletto domicilio nella iscrizione (articolo 1987, n. 2 del Codice civile), o si ritiene averlo *de jure* nell'*uffizio delle ipoteche in cui si trova iscritto* (art. 668 del Codice di procedura). A questo domicilio sarà dunque spedita la citazione d'appello, mancando procuratore. Il terzo che sarà intervenuto nel giudizio avrà già scelto il suo procuratore.

4. *Del procedimento in appello.*

Così si cammina: il termine a comparire avanti la corte è di giorni dieci: il procedimento è sommario (V. il commento all'art. 725).

Il creditore istante deve riprodurre i documenti che ha presentati nel primo giudizio. Questa nuova veduta del legislatore ripara una omissione degli altri codici (1). Mal potrebbe il giudice d'appello emettere il suo giudice senza aver sott'occhio la serie degli atti esecutivi. Chi possiede tali documenti, fuorchè il *creditore istante?* Singolare peraltro è la dizione usata: non gli è imposto di produrre *tutti gli atti*, ma di *riprodurre quelli che ha presentati* nel primo giudizio. Nella serie vi potrebbero esser atti non interessanti la questione. Non si è voluto aggravare il creditore oltre il bisogno. Non è impossibile ch'egli non abbia prodotto alcun atto, s'egli non ha creduto di prender parte attiva nella questione, se ha stimato inutile al proprio interesse di farlo. Staremo dunque ai termini della legge: *riprodurrà gli stessi documenti*, affinchè il processo d'appello non sia defraudato dei materiali che furono prodotti nel primo.

Ciò non solleva l'appellante dall'obbligo che gli corre di adempire le prescrizioni dell'articolo 489.

Volta la pena nel *risarcimento del danno*, è palese che la inosservanza del creditore (ove non sia altresì appellante) non porta la deserzione o l'annullamento dell'appello, come quella dell'art. 489. La più semplice espressione di questo danno sarà il risarcimento della spesa che l'appellante avesse incontrata a procurarsi copia di quegli atti e produrli. Se alcuno di quei documenti fosse irreperibile; se fosse necessario; se al *creditore istante* venisse il talento di occultarlo, difficile è il dire qual procedura dovrebbe tenersi, come potrebbero liquidarsi le conseguenze. Gli si farà assegnare un termine entro cui presentarlo: il danno subirà una valutazione di cui le sole circostanze del caso potranno fornire un criterio; e siamo già d'accordo che questi modi di soddisfacimento non possono soddisfare, ma esercitano principalmente la loro efficacia sulla volontà riluttante di chi deve adempiere a un dovere giudiziale.

Articolo 704.

Quando si tratti di cause di separazione di beni immobili, l'appello è regolato dagli articoli 485 e seguenti. L'appellante deve inoltre prima dell'udienza stabilita per l'incanto notificare al procuratore del creditore istante la dichiarazione di aver appellato o di voler appellare dalla sentenza.

Questa dichiarazione sospende, riguardo ai beni ai quali si riferisce, il corso del giudizio di spropriazione.

Annotazioni.

1. *La domanda di separazione di beni immobili*, quantunque si produca nella forma degli incidenti durante il giudizio di spropriazione (articolo 699) in appello assume la forma di domanda principale, da qualunque delle parti s'interponga. La giurisprudenza aveva presagito questo fatto legislativo anche dove non esisteva (cassazione francese, 22 aprile 1837, Dalloz, v° *Vente d'immeuble*, n. 1515).

2. *Quale sarà la forma del procedimento in appello?* Per la libertà del procedimento si dirà, consultisi l'articolo 389. Non saremo nel caso dei due primi numeri. Del resto, stabilire la forma del giudizio in appello è attributo dello stesso magistrato d'appello (articolo 391). È quindi possibile il *procedimento formale*. Tanto più che in genere sappiamo, la forma del giudizio di prima istanza non

(2) Fu ritenuta materia di *regolamenti*, e apparve anche incompleta, mancando di qualunque sanzione.

essere norma certa al procedimento in appello. Nel caso fu subordinato a forme speciali per esso ordinate; uscendo da quella condizione di giudizio subalterno, mediante l'appello, si appalesò nella naturale sua indole un'azione vindicatoria. Ciò nonostante ritengo fermo il disposto dell'art. 573.

3. *La dichiarazione di aver appellato o di voler appellare* non è l'appello, come ben s'intende. È un favore dato a chi ha diritto d'appellare; e la legge si mostra coerente a se stessa, col permettergli in questo modo il godimento del termine intero dell'appellazione ordinaria, restando però l'inconveniente, da noi altra volta notato intorno all'articolo 657, di una dichiarazione di voler appellare, che potrebbe cader vana a volontà del dichiarante, o vuota d'effetto.

4. Con quelle parole: *l'appello è regolato dagli articoli 485 e seg.*, esso è sottratto alla disposizione dall'articolo 703. Potrà quindi ritenersi che la citazione d'appello, non ai procuratori costituito, *ma alle parti*, *sarà notificato*, il che non toglie che possa la notificazione eseguirsi al creditore istante nel domicilio eletto secondo l'articolo 563; ai creditori iscritti, se convenga citarli, al domicilio eletto nelle rispettive iscrizioni. Ripeto però che non cangiando per questa specialità la natura del giudizio, vuole osservarsi anche in appello il processo sommario (Vedi all'articolo 425.

Articolo 705.

La corte nel pronunziare sull'appello rinvia la causa per l'esecuzione davanti il tribunale.

SEZIONE II.

Della spropriazione contro il terzo possessore.

Articolo 706.

Le disposizioni contenute nella sezione precedente riguardo al debitore, eccetto la notificazione del titolo esecutivo, devono altresì osservarsi nel giudizio di spropriazione promosso contro il terzo possessore.

Si deve inoltre:

1° Unire ai documenti indicati nell'articolo 665 l'atto di notificazione al terzo del precetto fatto al debitore, con l'intimazione al terzo di pagare o rilasciare l'immobile nel termine di giorni trenta dalla notificazione;

2° Esprimere nel bando il nome e cognome, la residenza o il domicilio del terzo possessore, e la data della notificazione a lui fatta del precetto intimato al debitore.

Il terzo possessore non è però escluso dall'offrire all'incanto.

Annotazioni.

1. Questo ordinamento della procedura non è che l'attuazione dei principii stabiliti negli articoli 2013 e 2014 del Codice civile.

L'ipoteca è il fondamento di quest'azione; essa è chiusa al creditore che manca d'ipoteca sul fondo. Il possessore può anche essere debitore personale, e allora sarebbe semplicemente il debitore, e non potrebbe liberarsi col rilascio del fondo. La nostra procedura parte dal supposto ch'egli non sia debitore: lo chiama *terzo*.

2. *Procedimento.*

Il primo fatto che discerne l'una dall'altra procedura si è che al terzo possessore non si pratica la *notificazione del titolo esecutivo*. Quanto a tutto il resto, le leggi subalpine,

ed ora le italiane, si accordano nel rendere comune il procedimento consueto della esecuzione immobiliare, fatta quella sola eccezione.

« La procedura contro il terzo possessore « deve cominciare coll'*atto di comando al de-* « *bitore* » (disse Scialoja nel *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I). « Le commande- « ment doit être fait à la personne ou au do- « micile du débiteur » (Carré, *Pratiq.*, t. IV, pag. 328, cassazione francese, 6 messidoro, anno XIII). Sulla necessità di questo primo atto non vi ha disaccordo; il termine dei trenta giorni assegnato al terzo possessore non comincia mai a decorrere prima della notificazione *del precetto al debitore* (articolo 2014); e in effetto si conta dall'intimo che si fa al possessore medesimo, *quando però vi sia unito l'atto di notifica del precetto fatta al debitore*.

Passati i trenta giorni, si promuove la vendita; il debitore sarà sempre citato in questo ed altri atti; ogni notificazione si farà in doppio. La pratica francese lo suggeriva, mancando nella legge una direzione precisa — « L'un ou l'autre (il debitore e il terzo pos- « sessore) n'y sont-ils pas égalment intéres- « sés? Le tiers détenteur, puisqu'elles (les « poursuites) tendent à le dépouiller du bien « qu'il a acquis; le débiteur, puisqu'il est res- « ponsable de cette dépossession vis-à-vis de « son acquéreur. Ces deux intérêts, qui se « réunissent en la personne du débiteur lors- « qu'il est possesseur de l'immeuble, conti- « nuent à exister, quoique sur deux têtes diffé- « rents, lorsqu'il a été transmis cette posses- « sion à un tiers. Tous les deux veulent être « respéctés et protégés. Nous pensons donc « *que la poursuite doit être faite en double*, « c'est-à-dire dirigée en même temps, contre « *le débiteur et le détenteur* » (Chauveau, all'articolo 673, quest. 2198.

La esecuzione non è meno diretta contro il terzo possessore (e in breve ne vedremo le conseguenze) perchè il precetto sia notificato in primo luogo al debitore. Vero che la forma del precetto non può essere identica. Intimazione al debitore di pagare, o di fare in modo che il terzo rilasci il fondo entro i trenta giorni altrimenti si procederà alla espropriazione. S'intende che il debitore ha tutto l'interesse perchè ciò non avvenga. L'articolo 2013 detta la formola del precetto che deve farsi al terzo possessore. La formola negli altri codici censurata, è stata restituita dalla esattezza del nostro articolo 2013. Il terzo possessore *non è tenuto a pagare i debiti iscritti sul fondo*, come già dissero nell'art. 2168 il Codice Napoleone, e nel 2285 il Codice albertino: il solo suo obbligo è abbandonare il fondo alle azioni del creditore, *ove non preferisca di pagare*, che è del tutto facoltativo in lui.

Scorsi i trenta giorni, il terzo possessore non ha più titolo per ritenere il fondo. *La trascrizione del precetto* (art. 2083) lo priva della disponibilità in quale può ricuperare ritornando nel pieno esercizio dei suoi diritti di proprietario, ove in quel periodo soddisfaccia i debiti iscritti sul fondo.

Per un momento confuse le ragioni di credito e quelle di proprietà, rivivono *dopo il rilascio dell'immobile* (art. 2016 del Codice civile; rivivono insieme *le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, come gli spettavano prima dell'acquisto*.

I numeri 1° e 2° dell'articolo 706 ci additano due forme speciali a questa procedura: aggiungete a quella indispensabile del debitore, la costante presenza del terzo possessore, la necessaria menzione del suo nome in tutti gli atti della procedura che richieggono quella del debitore; aggiungete la facoltà attribuita al terzo possessore, e negata al debitore, di offrire all'incanto, e non avrete bisogno di notare altra differenza di rito.

2. *Delle particolari facoltà che spettano al terzo possessore colpito da giudizio di espropriazione.*

a) Del diritto di ricuperare l'immobile prima che sia seguita la vendita all'incanto.

Disposizione dell'articolo 2018 del Codice civile. Questo diritto non può esercitarsi dopo la vendita effettuata al *primo incanto*: la legge adunque parla di questo. Vi è un acquirente nel quale ha fatto passaggio la proprietà del fondo: si potrà superare aumentando il sesto del prezzo, si potrà vincere in una nuova gara, ma il terzo possessore non può più valersi della facoltà dell'articolo 2018.

b) Del diritto di opporre al precetto e al giudizio di condanna del debitore.

Il diritto di fare opposizione al precetto è comune al debitore e al terzo possessore. A dir vero non ci soccorre la lettera della legge, che è bensì perspicua nel dire *quali disposizioni devono osservarsi* onde si disegnano gli obblighi di chi conduce la procedura, ma questo diritto del terzo possessore non avrebbe un appoggio testuale. È nondimeno evidente che allo stesso interesse, la stessa facoltà di difendersi, dev'essere accordata; anzi l'interesse del terzo possessore è sempre più svegliato, più attivo; è il vero interesse d'attualità. I due codici sardi non furono più espli-

citi, tuttavia la giurisprudenza si è sempre espressa in questo senso (corte di Genova, 27 febbraio 1856, Bettini, 1856, t. II, pag. 265; corte di Torino, 3 luglio 1857, Bettini, t. II, pag. 584. Giurisprudenza francese: corte di Nîmes, 6 luglio 1812, corte di Nancy, 5 marzo 1827, cassazione, 18 febbraio 1852, Dalloz, *Des privilèges et hipothèques*, n.i 1804, 1805; *Commentario al Codice sardo del* 1854, vol. 5, part. I, pag. 567).

E poichè è giustamente ammesso che in sede d'esecuzione possono sollevarsi eccezioni di pagamento e di compensazione (cassazione di Torino, Bettini, 1865, parte I, pag. 800), il terzo possessore supplisce alla negligenza del debitore che non si curasse di opporle.

Grenier *Delle ipoteche*, parte II, cap. I, sez. I, n. 343, ammette in massima il diritto di cui parliamo: *ma è necessario distinguere*, egli dice, *il genere della nullità*. « La nullità « puramente di forma non potrebb'esser op- « posta dal terzo possessore; essa è relativa « al debitore principale, ed è regola che niuno « può eccepire del diritto altrui ». La distinzione del profondo scrittore non è stata accettata dalla giurisprudenza: e basti questo solo, che il precetto essendo notificato eziandio al terzo possessore come cosa che importa alla sua posizione giuridica, il diritto di contraddirlo gli appartiene in tutta la sua estensione.

c) Del diritto di eccepire contro il titolo della condanna del debitore.

Si è disputato in confronto di legislazioni che lasciavano il punto indeciso, se si dovesse al terzo possessore notificar copia del titolo esecutivo che deve per regola precedere l'esecuzione. Dispntazioni inutili per noi che leggiamo nel nostro articolo *esclusa la notificazione del titolo esecutivo*. Alcuno vorrà notare che siffatta esclusione, per se stessa poco plausibile, non è all'unisono coll'articolo 2015 del Codice civile, che per la sua importanza convien riferire. « Il terzo possessore, che « ha fatto trascrivere il suo contratto d'acqui- « sto, e che non fu parte del giudizio in cui « venne pronunciata la condanna del debitore, « se questa è posteriore alla trascrizione, è « ammesso ad opporre le eccezioni che non « fossero state opposte dal debitore, pur- « chè non siano meramente personali al de- « bitore ».

Il terzo possessore a cui sono attribuite le prerogative della perfetta proprietà *è quello che ha fatto trascrivere il suo acquisto*: egli solo ha diritto di esser rispettato come tale. Se *la trascrizione è posteriore alla condanna*, egli è considerato un avente causa e in certo modo assuntario del debito; se anteriore, e non fece parte del giudizio, è un terzo nella più larga e vera accettazione della parola.

È questa una delle migliori pronunciazioni del Codice albertino, che con ottimo senno è stata conservata. Essa ci rende più sensibile quella soverchia facilità del Codice di procedura che dispensò dalla notifica del titolo esecutivo. Che siffatte eccezioni di fondo debbano esser proposte nei *trenta giorni* all'effetto di sospendere il corso della procedura (art. 660), io lo credo fermamente; che pronunziata la sentenza che autorizza la vendita, non possano più sollevarsi, è pure la mia opinione. Ma venuta in tempo l'opposizione, si apre un giudizio nuovo, e cessa l'ostacolo della cosa giudicata.

Qui mi è necessario, a chiarire la materia, scernere varie classi e forme di eccezioni.

1° *Eccezioni che riguardano il pagamento ed altre opponibili al precetto*; ed ogni terzo possessore, quantunque non fornito dei requisito della trascrizione, può opporle;

2° *Eccezioni personali al debitore;* per esempio, se la moglie non fu autorizzata a stare in giudicio: la legge dichiara formalmente che non competono al terzo possessore;

3° *Eccezioni reali che competevano al debitore*, e non furono opposte; in altri termini non furono eliminate dalla cosa giudicata.

È dunque accordato al terzo possessore *un diritto di supplemento* nella difesa del debitore che non seppe sostenerla come si doveva.

È importante il vedere se il terzo possessore possa non solo opporre una nuova eccezione, *ma eziandio far valere gli argomenti che non furono addotti per dimostrarla ed appoggiarla con mezzi di prova* che non si avevano, o furono trascurati.

In questo esame non si può rivolger gli occhi dalla teoria della cosa giudicata, quantunque subisca da questa legge una modificazione, come vengo a dire. In sostanza è in cosa giudicata che oppongono gli avversari al terzo possessore, quale avente causa dal condannato. *Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ei qui judicio expertus est.* Insegnò Papiniano (Leg. 28, Dig. de except. rei judic.). L'art. 2015 non spoglia il terzo possessore della sua qualità di *avente causa del debitore*; non lo solleva dal peso della cosa giudicata, dato eziandio il supposto che non sia intervenuto nel giudizio No: gli fa una posizione speciale: *lo abilita a dedurre le eccezioni non opposte.*

« L'autorità della cosa giudicata, dice l'ar- « ticolo 1351 del Codice civile, non ha luogo « se non relativamente a ciò che ha formato « il soggetto della sentenza ». Qui il *soggetto* è sempre quello. Tizio fu citato da Caio onde pagasse un debito di L. 10,000. Sempronio, terzo possessore, non immuta il soggetto di questo giudizio, non ne crea un nuovo. È abilitato a produrre *eccezioni non opposte*, e con tal arma minaccia anche l'esistenza della cosa giudicata, nel proprio interesse e pure in quello del preteso debitore, che vincerebbe *illius ope* e col braccio del suo successore.

Ma gli argomenti non sono le eccezioni; la eccezione è un mezzo di diritto atto a respingere l'azione, ed anche distruggerla: gli argomenti sono le vie della dimostrazione. Tizio oppose che nello stesso atto dal quale Caio desume la prova del debito, vi sono condizioni che mostrerebbero non essersi mai verificato il supposto suo debito; ma si è difeso male, ha invocato il patto terzo che non era concludente: se si fosse valso invece di una dichiarazione messa in fine del rogito, molto più chiara e decisiva, avrebbe vinta la causa. Sempronio vuol risuscitare questo argomento e porlo nella luce che merita. Rispondo che non può farlo: *mentre non sarebbe eccezione nuova, ma un argomento nuovo per dimostrarla* concludentemente. Tizio ha opposta la prescrizione ordinaria, e non è riuscito; se avesse posto mente che trattavasi di un debito commerciale, avrebbe invocata la prescrizione speciale a simili obbligazioni, e sarebbe riuscito. Sempronio non è meglio fondato.

Che diremo delle *nuove prove di fatto* che vengono a sostenere un'eccezione che fu bensì elevata, ma cadde per difetto di prova?

Bisogna avvertire che in questa materia è sempre data al buon criterio del giudice una conveniente latitudine, un apprezzamento compatibile col rispetto dovuto alla cosa giudicata. Ancorchè la eccezione sia già stata opposta, tuttavia se il terzo possessore è in grado di dare una prova immediata, certa, incontrastabile della verità di quella eccezione, perchè non dovrebb'essere ascoltato? Tizio disse che il debito era condizionale, ma non lo provò; Sempronio porta il documento; una scrittura di buona fede nella quale fu convenuto o fu dichiarato che il debito non dovrebbe pagarsi se non ad un tale evento che è ancora in aspettazione. Non si giudica del diritto quando manca la prova del fatto: equivale all'*absolutio ab observantia*. Non crederei fossero accettabili prove *da farsi*; nè a condanna certa contrapporsi un mezzo di prova incerta e possibile.

d) Del diritto di opporre le eccezioni che possono ancora competere al debitore dopo la condanna art. 2015, capov. 1°).

Se ne fece parola discorrendo delle eccezioni opponibili al precetto. Tali sono le eccezioni di pagamento e di compensazione, chiaramente dimostrato.

e) Del diritto di convolare alla purgazione, malgrado l'iniziato giudizio di spropriazione.

La disposizione è precisa nell'articolo 2041 del Codice civile. Il terzo possessore, che ha fatto precedere la trascrizione, gode un termine di quaranta giorni dalla notifica del precetto; e potrà sospendere il giudizio, notificando al creditore istante e al debitore, *entro i trenta giorni*, la sua volontà di procedere alla purgazione. Il termine non è dichiarato perentorio; ma dopo la dichiarazione d'offerta o la domanda del perito (art. 663), *re* insomma *non adhuc integra*, il diritto della purgazione, scorsi i quaranta giorni, non potrebbe più esercitarsi. Per liberarsi dovrebbe il terzo possessore pagare *tutti i debiti iscritti coi loro accessorii* (articolo 2013 del Codice civile), se sia ancora in tempo (articolo 2018).

f) Del diritto di rilascio dell'immobile, e restituzione dei diritti reali.

Il rilascio dell'immobile (articolo 2016 del Codice civile) è un vero e completo abbandono, checchè dica Grenier (*Des privilèges et hypothèques*, n. 328). Il Codice italiano, sulle tracce dell'albertino, ci mostra che il terzo possessore è immediatamente liberato dalla cura del fondo: è un attore che si è ritirato dalla scena. Vien nominato un amministratore, un vero *dominus litis*, e *contro di esso si faranno o si proseguiranno gli atti di vendita secondo le forme stabilite per le spropriazioni* (articolo 2019 del Codice civile).

Per quanto non sia scritto nella legge, il dichiarante deve notificare l'atto di rilascio al creditore istante e al debitore. L'uno e l'altro hanno facoltà di chiedere la nomina dell'amministratore o curatore giudiziale che meglio voglia dirsi.

Col rilascio, l'abdicazione della proprietà è perfetta. Il terzo può *ricuperarla* nonostante adempiendo al prescritto dell'articolo 2018 del Codice civile; e la voce *ricuperare* ben prova che la proprio à era dimessa. Così la legge va porgendo dei ristori al terzo non debitore, e ne protegge la condizione.

« Il rilascio rompe tutti i suoi impegni relativi al possesso », ha detto Grenier con una di quelle frasi evidenti proprie del suo stile. Le servitù e ogni altro diritto reale ch'egli

professava sul fondo, rivivono *juris ministerio;* cessa la confusione o, se vuol dirsi, l'effimero assorbimento che per un tratto si era operato. L'articolo 2017 del Codice civile consacra di nuovo questo principio.

Ma il terzo possessore *è tenuto a rinnovare le ipoteche* già nel proprio nome esistenti? Il Regolamento romano (16 novembre 1834) lo aveva preveduto disponendo (§ 201). « Le iscrizioni delle ipoteche fatte dal terzo « possessore sul medesimo fondo, e *non cancellate* posteriormente, riprenderanno l'antico grado, *abbenchè nel tempo intermedio* « *allo spirare del decennio non si fossero rinnovate* ».

Il nostro articolo serba un significante silenzio. Duranton esaminò la questione (n. 279). Premessa, come motivo di dubitare, la osservazione che sembrava in certa guisa ripugnante che il proprietario fosse tenuto a iscrivere sopra se stesso, continua: « Mais la raison de « décider c'est que la confusion n'avait que « des effets résolubles, parceque l'acquisition « n'en avait elle-même que des résolubles par « rapport des créanciers inscrits sur les pré« cédents propriétaires. Il pouvait et devait « prévoir qu'il délaisserait peut être l'immeu« ble, ou qu'il en subirait l'expropriation, et « qu'il ne lui resterait alors par rapport à « ces mêmes créanciers que sa seule qualité « de créancier hypothécaire, ce qui rendrait « applicable à son inscription la disposition de « l'article 2154 », l'obbligo cioè della rinnovazione. Evidentemente la legge italiana si è inspirata a questo principio. Senza ciò si lascierebbe una lacuna, ben pericolosa, nella storia dei passaggi ipotecari. Non trovandosi più accesa la sua iscrizione, i terzi che in qualunque tempo o prima della trascrizione o dopo il rilascio iscrivessero una ipoteca, si troverebbero ingannati. La nostra legge vuol produrre questo solo effetto; toglier via l'obbietto che potrebbe farsi della confusione. Il solo caso in cui non sarebbe più tenuto alla rinnovazione, sarebbe quello designato dall'articolo 2003 del Codice civile, ma sarebbe comune a tutti gli altri ipotecari. Non debbo tacere che, per quanto lo abbia esposta la questione nel modo più semplice, in Francia, con leggi niente diverse, è stata variamente risoluta. Prevale per altro anche per numero di decisioni, come per autorità di scrittori, l'opinione che io professo come sicura nello stato della nostra legislazione. Nomino fra gli scrittori Merlin, Favard de Langlade, Chauveau, Marcadé. Il Troplong ha scritto al n° 726 bis (*Des privilèges et hypothèques*): « La Cour de cassation « s'est toujours prononcée sur cette question « *pour l'obligation de renouveler et la déchéance* « *de l'acquéreur* ». La questione per sè assai interessante nel sistema della pubblicità, entrata nel campo delle cose decise, non merita più una discussione. Ma può vedersi la profonda trattazione del Troplong al n° suddetto.

Ricordo infine la disposizione dell'art. 2016, capoverso. « Questo rilascio non pregiudica « alle ipoteche costituite dal terzo possessore « e debitamente iscritte ».

3. Qui debbo arrestarmi per non prender troppo nel campo del diritto civile, e finisco con due avvertenze.

a) La trascrizione imposta dall'art. 659 non opera la immobilizzazione dei frutti (*Commentario al Cod. sardo*, vol. V, part. I, p. 569). Invece il terzo possessore ne diventa debitore giusta l'articolo 2021 del Codice civile che porta al medesimo risultato, di aggiungerne il valore al prezzo del fondo. Ma *dopo il rilascio* la riunione dei frutti alla sostanza fondiaria segue di diritto, palese che il terzo possessore non sarà debitore di frutti se nell'intervallo, dal precetto cioè al rilascio, non ne avesse percetti.

b) Il diritto di proseguire la esecuzione abbandonata compete a qualunque creditore iscritto, secondo l'articolo 575.

Ciò non è dubbio. Il Grenier si propose l'interessante quesito, se mercè gli atti fatti da un creditore iscritto, che avevano avuto virtù di far decadere il terzo possessore dalla facoltà di *purgare il fondo*, quel diritto fosse acquisito a tutta la famiglia degli iscritti, e rispose affermando (n° 342). La sua decisione è incontrastabile. Ne consegue ciò che ho stabilito nella proposizione; gli atti si assumono dall'altro creditore al punto in cui furono lasciati, osservando il disposto del citato articolo.

SEZIONE III.

Disposizione comune alle sezioni precedenti.

Articolo 707.

Le formalità stabilite dagli articoli 664, 665, numeri 1, 2, 3, 4, capoversi primo e secondo, e n° 5 in correlazione al disposto degli articoli 145, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672 capoverso primo, 673, 674, 678, 679, 680, 681, 682, 689, 690, 692, 706 devono osservarsi sotto pena di nullità.

Annotazioni.

1. **Osservazioni preliminari.**

La determinazione delle nullità sarà sempre uno dei maggiori scogli, una delle più serie difficoltà di un Codice di procedura. Il Regolamento pontificio se n'era spedito, stanziando nel § 408: « Ogni contravvenzione alla legge « di procedura induce la nullità dell'atto: « quest'atto può essere reiterato, se non sia « scorso il termine perentorio per farlo ». Siamo fra due: o prodigare le dichiarazioni di nullità, o fare ordinamenti che possono anche non osservarsi: l'uno e l'altro è male. Noi siamo in questo secondo caso, e sentiamo gli inconvenienti del nostro sistema; sentiremmo gl'inconvenienti dell'altro, se quello si fosse adottato. Ci avvisa intanto l'articolo 707 che alcune delle prescrizioni che riguardano l'esecuzione immobiliare devono eseguirsi a pena di nullità, ed altre no. A questo punto volgiamo indietro lo sguardo sul processo di esecuzione *mobiliare*, e troviamo che la parola *nullità*, se io mal non lessi, non fu mai pronunciata; dopo ciò potremo proporre un'avvertenza generale.

Poichè l'art. 707 non colpisce di sanzione irritante la inosservanza o trasgressione delle forme ordinate alla esecuzione *immobiliare* che solo in parte, si domanda se sia poi vero che tutte le altre possano impunemente violarsi. Ma l'accorto lettore (perchè io scrivo per quelli che se no intendono) vede che la domanda si spinge più oltre; se nessuna sanzione di nullità essendo pronunciata a quella moltitudine di prescrizioni che formano il sistema della *esecuzione mobiliare*, possa dirsi lecito il non osservarle.

La solita risposta dedotta dall'articolo 56: *mancando gli elementi essenziali dell'atto*, la nullità non dichiarata dalla legge potrà tuttavia pronunziarsi. Così deve ritenersi in omaggio ad un principio fondamentale di procedura che interamente la domina: del resto se ci fosse difficoltà, sarebbe appunto in quella energica discretiva dell'articolo 707, che essendosi preso il pensiero di distinguere le violazioni che producono nullità, lascia fortemente dubitare dell'impunità delle altre.

È forza che io mi dispensi da troppi particolari, onde lascierò i *due titoli della esecuzione mobiliare* sotto la buona custodia dell'invocato principio. Dirò qualche cosa in ispecie, e con più immediato rapporto al presente articolo.

2. **Osservazioni speciali.**

Delle nullità che devono pronunziarsi, quantunque non espresse nell'articolo 707.

Il flagello della nullità comincia a percuotere dall'articolo 664 in poi. Ma prima di esso si presentano ben importanti operazioni. Sono *essenziali del precetto* la notifica al debitore; il termine a pagare; l'avvertimento che non pagando nel termine, si procederà alla esecuzione; l'indicazione degli immobili. Non si creda che il silenzio dell'articolo 707 abbia attenuata la capitale importanza di simili ingiunzioni.

Io so bene che l'articolo non prende di mira che le *formalità degli atti* (bisogna avvertirlo), e non la omissione totale che, interrompendo la necessaria progressione, torrebbe di sotto ai successivi la loro base, onde dovrebbero cadere. Sfugge, per esempio, alla dichiarazione di nullità la violazione dell'articolo 675. Ma che verrebbe se *il tribunale non avesse ordinata la rinnovazione dell'incanto, ribassando il prezzo?* L'attitazione seguente, destituita d'appoggio, non avrebbe sussistenza giuridica: non faceva mestieri alla legge il dichiararlo. Allo stesso ordine d'idee

appartiene la violazione delle regole di competenza, che sente il freno di disposizioni che le sono proprie, e quindi non è meraviglia se l'articolo 707 non assume di moderarne le conseguenze. Perciò non si fa cenno dell'articolo 662. Tornando al tema delle *formalità*, cade in acconcio di osservare, rispetto all'articolo 663, che, quantunque non soggetta alla censura del nostro articolo, pure la sua violazione soggiace a nullità. Il creditore, se vuol fare l'offerta secondo quel prescritto, deve farla di *sessanta*, di *trenta volte*, ecc. *il tributo annuo;* se la sua offerta rispettivamente sarà minore, evidentemente il suo atto di offerta è nullo.

I requisiti della sentenza di vendita spiegati nell'articolo 685 sono senza dubbio essenziali. Cercate indarno la nullità che consegue dalla loro violazione nell'articolo 707.

Sono forse validi quegli atti che diretti a proporre eccezioni di nullità non si conformassero alle prescrizioni dell'articolo 695? O quell'atto col quale si domandassero *modificazioni e aggiunte alla vendita* (art. 698), e non si rispettasse *il termine dei quindici giorni prima della udienza stabilita per l'incanto?* Nulla di più inviolabile di codesti termini, che sono i cardini della economia processuale, e valgono ad evitare i più gravi disordini. Si può intervenire in giudizio senza regolare i propri atti colle determinazioni dell'articolo 669? È forse valido un atto d'appello nella specialità del § 5, non fatto nei tempi e nei modi voluti dall'articolo 703? Eppure siffatte violazioni non sono contemplate dall'articolo 707! (1).

3. *Sul diritto personale di opporre la nullità.* « La nullità o la decadenza non può pro« nunziarsi se non vi sia istanza di una delle « parti », dice l'articolo 56. Tacque ciò che era inutile a dirsi, cho cioè la nullità non potrebbe allegarsi che da colui che vi ha interesse. Ebbene: *l'intérêt réel, veritable, tel est le meuble qui seul peut faire admettre la nullité attachée à la prescription de la loi* (parole di Persil, relatore alla Camera dei Pari del progetto di legge sulla esecuzione immobiliare nel 1841). Il debitore può proporre tutte le nullità della procedura esecutiva, opinava giustamente Chauveau: in fondo egli è il principale interessato. A che mira tutto questo ammasso di formalità, *se non a migliorare il prezzo della vendita giudiziale?* La legge si studia e suda per far l'interesse del proprietario forzato a vendere. Vi sono anche delle formalità che provveggono alla tranquillità futura, prevengono le molestie che per titoli di guarentigia potrebbero inferirsi all'antico proprietario; *in ogni caso adunque il debitore è fondato ad opporre le nullità.*

In ordine ai *creditori iscritti* lo stesso autore fa una distinzione che io pienamente ammetto. « Ils ont qualité pour demander la « nullité lorsque de l'inobservation d'une for« malité il resulte, ou qu'ils n'ont pas été suf« fisemment avertis, ou qu'ils n'ont pas été mis « en situation de surveiller la marche de la « procédure, ou enfin que les moyens de la « publicité prescrits pour augmenter le nom« bre et le taux des enchères n'ont pas été « employés » (articolo 715).

CAPO II.

DEL GIUDIZIO DI GRADUAZIONE.

Articolo 708.

Nei tribunali, nei quali il bisogno del servizio lo richieda, l'istruzione dei giudizi di graduazione è affidata a uno o più giudici delegati annualmente con decreto reale.

(1) Lo stesso lamento faceva al suo tempo il Carré, parlando dell'articolo 717 dell'antico Codice, non dissimulando che la proposta del nuovo articolo 715 non era gran fatto migliore. « Pourquoi, egli aggiungeva, ne procéderait-on par un peine de nullité générale, à l'exception du tels ou tels cas « trop peu importants? Cette voie serait bien plus « sûre ».

Negli altri tribunali l'istruzione è affidata per ogni giudizio di graduazione ad un giudice delegato dal tribunale con la sentenza, di cui nell'articolo 666.

Nel caso di assenza o impedimento del giudice delegato, il presidente lo surroga con decreto da affiggersi nella sala pubblica d'aspetto del tribunale.

Annotazioni.

I tribunali di maggiori affari sono provveduti di un giudice *ad hoc* per le graduazioni; onde si spiega la discretiva dell'art. 666, n° 4, *indicando* o *nominando il giudice*, ecc.

Col nuovo sistema ha dovuto cessare la disposizione che si leggeva nell'articolo 2348 del Codice albertino, che dichiarava tribunale competente quello del distretto *in cui si trova la parte più considerevole dei fondi*. Per implicito necessario il tribunale competente alla graduatoria è quello della subastazione, le cui funzioni cominciano mentre ancor dura il giudizio di espropriazione, come viene a spiegarsi per gli articoli seguenti.

SEZIONE I.

Dello stato di graduazione.

Articolo 709.

Nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando fatta a norma dell'articolo 668, i creditori iscritti dovranno depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate coi documenti giustificativi.

Durante questo termine e sino alla trascrizione della sentenza di vendita, i creditori, il debitore e il compratore possono esaminare nella cancelleria le domande e i documenti prodotti.

Annotazioni.

Il sistema dell'ultimo Codice piemontese era questo. Notificata al debitore la sentenza di deliberamento, cominciava il giudizio di graduazione, che ad istanza di qualche interessato si apriva con *provvedimento del presidente del tribunale*. Delegava un giudice e ordinava ai creditori di produrre in segreteria le domande di collocazione coi rispettivi documenti entro il termine di trenta giorni; stabiliva pure un termine alle notificazioni del provvedimento che dovevano eseguirsi a tutti i creditori iscritti. Il certificato delle notificazioni eseguito era prodotto in segreteria; da tale produzione correva il termine dei trenta giorni assegnati dal presidente, ai quali se ne aggiungevano cinque per esaminare gli atti e titoli prodotti. Questo tempo trascorso, il segretario consegnava tutti gli atti al giudice della graduatoria, che dentro quaranta giorni formava lo stato di collocazione. Egli stesso destinava la propria udienza nella quale dovrebbe discutersi lo stato con un termine abbastanza congruo, onde i creditori o i loro procuratori potessero prenderne cognizione e dedurre le loro osservazioni nella udienza assegnata. Ed ivi *erano fissati i punti di questione* da riferirsi al tribunale: e ogni cosa si faceva risultare da un processo verbale. Il tribunale omologava lo stato di graduazione con quelle variazioni che stimasse opportune. Non essendovi appello, erano spedite dal segretario ai creditori utilmente graduati le note di collocazione, che munite della vidimazione del giudice, avevano virtù di titolo esecutivo contro il deliberatario che doveva pagare il prezzo (articolo 849 e seg.).

L'ordinamento napoletano non differiva sostanzialmente che nella podestà ivi attribuita al giudice commissario di definire la graduatoria, qualora non sorgesse controversia.

Il nostro legislatore ha avuto cura di accelerare l'apertura del giudizio di graduazione,

decretando che i creditori iscritti dovrebbero *depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione coi documenti giustificativi*, nel termine di trenta giorni *dalla notificazione del bando*.

Così due operazioni proseguono simultanee; i creditori nella sicurezza che il fondo sarà venduto, chiunque sia per esserne il compratore, si provveggono in tempo producendo i loro titoli: resta agl'interessati un tempo ben congruo per esaminarli. Utile riforma!

Per essa è avvenuto altro cangiamento notevole nella procedura. La introduzione del giudizio di graduazione, o d'ordine, come dicono i francesi, non è più opera di parti, soggetta a contestazioni; è opera della legge, *nasce dalla legge*. Finito il procedimento esecutivo, trascritta la sentenza di vendita, e colla trascrizione postovi l'ultimo suggello, il cancelliere si trova in mano il complesso dei documenti; non occorre istanza; ma egli d'ufficio trasmette le carte al giudice che già era stato legato colla sentenza che autorizzò la vendita. È ciò che prescrive il seguente articolo.

Articolo 710.

Nei cinque giorni successivi alla trascrizione della sentenza di vendita, il cancelliere deve consegnare al giudice delegato per la graduazione:

1° Il certificato delle ipoteche iscritte sopra i beni immobili venduti;

2° Il certificato della trascrizione della sentenza di vendita, e quello dell'iscrizione dell'ipoteca legale a favore della massa dei creditori;

3° L'estratto della sentenza di vendita contenente l'importare del prezzo della medesima;

4° Le domande di collocazione coi documenti.

Articolo 711.

Il giudice delegato, nel termine di giorni quaranta dalla consegna fattagli, deve formare lo stato di graduazione, e depositarlo nella cancelleria.

In fine dello stato stabilisce il giorno e l'ora in cui le parti devono comparire avanti di lui, nel termine non minore di giorni venti e non maggiore di trenta successivi al deposito suddetto.

Annotazioni.

Il giudice delegato deve formare lo *stato di graduazione*. Quali criteri gli vengono porti dalla legge e dalla ragione giuridica?

Il Codice di procedura non propone più quei canoni direttivi della graduazione che furono a lui affidati in altri tempi. Si è stimato con ragione di doverli trasportare fra le nozioni di diritto. Ma il nostro discorso sarebbe monco e sconnesso, se fossero da noi dimenticate codeste attinenze onde le due legislazioni si collegano fra loro. Quindi ho in animo di deporre in questa nota alcune idee fondamentali che potranno anche valere alle successive applicazioni.

1. *Dell'apertura del giudizio di graduazione.*

Nel passato sistema di cui si è toccato nella nota del precedente articolo, *il giudizio di graduazione era aperto* dal momento che la *ordinanza del giudice commesso* era stata notificata a tutti i creditori e pubblicata: da quel punto cominciava a decorrere il termine alla esibizione dei titoli per le collocazioni. Quel punto di partenza è mutato. Lo abbiamo visto trasportato alla *notificazione del primo bando venale* (articolo 668): così *è aperto il giudizio di graduazione* a tutti i creditori, *ministerio legis*.

L'effetto semplice e necessario dell'*apertura* è la facoltà di domandare la collocazione, sotto la osservanza del termine che vi è annesso.

Vedremo nelle note seguenti che, ad altri effetti, la teoria ha dovuto modificarsi in conseguenza del cangiamento legislativo.

2. *Della parte assunta in questa materia dal Codice civile: osservazioni di legislazione comparata.*

Tre sono le regole stabilite negli art. 2090, 2091, 2092.

Regola 1ª. — Riscatto di rendite perpetue; esigibilità dei crediti non ancora scaduti.

La Legge di brumaio, anno VII, facendo abilità al deliberatario di assumere i pesi del

fondo, di accollarsi le rendite passive, d'imporsi i debiti eventuali col ritenere il prezzo corrispondente, non ammettendo insomma che in parte la teoria della esigibilità, aveva creata una condizione anomala: non guidata da un principio certo, ebbe ben presto la disapprovazione della pratica. Il Codice Napoleone eziandio in tema di purgazione, nell'art. 2184 inaugurò il principio dell'assoluta esigibilità. In Piemonte il R. editto ipotecario nell'articolo 142, il Codice civile nell'articolo 2349, vi diedero espressa e successiva conferma. Ciò in massima: come poi si rendeva di sovente necessario provvedere con prudenti surrogazioni e cautele ad una situazione che non aveva più attinenza colle previsioni contrattuali, l'articolo 838 del Codice di procedura del 1854, cui fece seguito l'articolo 866 di quello del 1859, dettavano regole e norme, anche pel caso che si credesse di mantenere sul fondo il censo o la rendita con accollazione al compratore.

Ora discorrendo della prima regola, vedesi la esigibilità dei censi e rendite perpetue ristabilita nella sua pienezza. Con ciò si volle far omaggio, io lo credo fermamente, ad un principio superiore, a quello della libertà fondiaria. Sempre proclive la nostra legge alla liberazione dei fondi, impone al creditore il riscatto che è obbligato ognora a subire per volontà del debitore. Si ottiene nello stesso tempo l'altro vantaggio, di semplificare mirabilmente l'operazione della graduatoria. La esigibilità dei crediti *in diem*, e non ancora scaduti, muove da questo secondo riflesso: un concorso di creditori universale o particolare non può avere altra base: è per questo che si rendono esigibili anche i debiti non iscaduti alla dichiarazione del fallimento. Ma la *esigibilità* non è sempre la *esazione;* ciò vedremo più avanti.

Regola 2ª. — Separazione e impiego di una somma i cui interessi corrispondano alla rendita o prestazione vitalizia.

Una limitazione è aggiunta nell'art. 2090 « eccetto che i creditori posteriori eleggano « di cautelarne efficacemente il pagamento in « altro modo ».

È noto che il sistema della purgazione della rendita vitalizia ha trovato contraddittori. Valeva per essi la ragione che il creditore di un canone vitalizio non può essere costretto alla risoluzione del suo contratto. Ciò è vero: ma la collocazione assicurata di una somma atta cogl'interessi che rende a pagare il censo vitalizio, è una misura legale a cui il creditore non ha diritto di opporre. La legge si è pronunziata sul mezzo dell'investimento, *la somma sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali.*

Pothier, prevedendo che il creditore non avrebbe voluto ricevere la somma che gli si offeriva, e che non poteva esser più quella del suo capitale originario, mentre le probabilità della vita si erano venute logorando col tempo, suggerì questo spediente che le legislazioni susseguenti hanno adottato (*Du contract de constit. de rente*, chap. VIII, nº 231). Esso, come ha detto Troplong, concilia tutti gli interessi.

È manifesto che questa somma va sottratta al godimento dei creditori posteriori, ai quali ricade, estinto il vitalizio.

Qui sorgono alcuni dubbi, che tocchiamo di volo.

a) Contro chi avrà azione il creditore per esigere la rendita, non effettuandosi la collocazione indicata dalla legge?

Se un creditore ipotecario assuma la cauzione, esso pure si costituirà debitore personale. Ne ha ricevuto il corrispettivo nel prezzo che ha ritirato dal deliberatario. Lo stesso si dirà del deliberatario che, coll'autorizzazione del tribunale, si accolli il debito trattenendo parte del prezzo.

b) Se il deliberatario abbia diritto di trattenersi la somma del capitale destinato al servizio della rendita.

Quanto al deliberatario, la sua posizione è la seguente.

Diritto al fondo libero, pagando il prezzo. Niuno può imporgli dei pesi: in altri termini, la *purgazione del fondo è di diritto.*

Proponendosi dallo stesso deliberatario l'accollazione del censo vitalizio, gli potrà essere accordato, rimanendo iscritta la ipoteca sul fondo. Gli potrà essere accordato, ma col consentimento dei creditori; e sempreché gli stessi creditori non offrano altri equipollenti, giusta la facoltà che hanno dalla legge (1).

Da chi ha trattato questo punto (Chauveau, quest. 2604 ter) si è additata una sentenza della corte di Bourges del 25 maggio 1827, che pose come diritto del deliberatario tenere in proprie mani la somma rispondente a quella della iscrizione ipotecaria, *dalla quale non può liberare il fondo acquistato.* Ciò sussistendo, la decisione sarebbe giusta. Ma per le

(1) Se l'accollazione fosse di diritto, la permanenza dell'ipoteca sul fondo potrebbe produrre imbarazzo ai creditori posteriori.

nostre leggi è fermo che, col deposito nella cassa legale, l'acquirente si libera dall'ipoteca.

c) *Se la facoltà accordata ai creditori dall'articolo 2090 del Codice civile sia collettiva o individuale.*

Io adotto volentieri la risoluzione della corte di Parigi del 16 agosto 1815: *non doversi l'azione considerare collettiva*. Tanto più si conviene in questa massima, riflettendo che non è poi cosa facile che molti creditori si pongano d'accordo nella guarentigia da proporsi nella distribuzione dei profitti. In tal caso questo creditore assuntario dimette gli altri creditori nella proporzione dei loro diritti; e giova a tutte le parti interessate.

d) *Se il diritto del vitaliziario possa estendersi oltre l'importare delle somme che avanzano dal pagamento dei creditori anteriori.*

Non mi parrebbe un quesito serio se la grave autorità del Dalloz, congiunta a quella di alcune corti francesi, non lo avesse fatto tale. Già l'acuto Grenier, nº 186, aveva, coll'annunciarla, dimostrata la proposizione: che il creditore non può pretendere altra corrisposta annua fuor quella che risponderebbe alla somma capitale che sopravanza al soddisfacimento dei creditori anteriori. Lasciamo parlare il Troplong. « Le rentier n'a droit que « à des rentes; et ces rentes doivent être pro- « portionnées au capital. Lorsque l'immeuble « hypothéqué est converti en prix; et qu'il est « reconnu que cet prix ne peut suffire au ser- « vice de la rente, il est souverainement injuste « que le rentier prétende de faire sortir l'in- « tégralité de sa rente d'un gage trop peu con- « sidérable pour le servir. C'est tant pis pour « lui s'il s'est contenté d'un hypothèque illé- « gale; et il doit être repoussé quand il vient « compromettre la sort des créanciers posté- « rieurs et consommer à leur préjudice des « capitaux qui leur appartiennent, sauf la « rente à laquelle il a droit, mais seulement « en proportion du produit de co méme ca- « pital » (*Des privilèges et hypothèques*, nº 959 quat.).

Regola 3ª — *La ipoteca di crediti eventuali e condizionali non impedisce la distribuzione ai creditori posteriori, data cauzione occorrendo.*

È una collocazione *per memoria*, come la chiama Troplong (nº 959 ter).

L'articolo 867 del Codice di procedura del 1859 si spiegò con una parafrasi non inutile, e che giova ancora rammentare: « Pei crediti « privilegiati od ipotecari, certi nella sostanza « ma indeterminati nella quantità, o dipen- « denti in tutto o in parte da condizioni od « eventi incerti, come molestie, evizioni, com- « pensazioni, contabilità non liquidate e simili, « avrà luogo la collocazione del creditore in « genere, che verrà poi coll'evento accertata; « ma ciò non impedirà il pagamento dei cre- « ditori posteriori, mediante loro sottomis- « sione, con cauzione di rappresentare, ove « occorra, le somme che esigeranno ».

Queste parole potevano servire di commento anticipato all'articolo 2091 del nostro Codice civile. Per esse è fatto anche più chiaro il significato di quella formola: « semprechè questi diano cauzione di *restituire all'occorrenza le somme dovute* »; onde si dimostra che la cauzione è indispensabile: non rimane incerto fuorchè se verrà il caso di usarne.

Regola 4ª — *Pagati i creditori privilegiati e ipotecari, la parte di prezzo che sopravanza sarà distribuita per contributo agli altri creditori comparsi o restituita al debitore.*

I creditori chirografari sono invitati a raccogliere le reliquie della mensa largamente imbandita agli ipotecari. Ma non è propriamente per loro che la graduatoria si apre: l'articolo 709 non parla e non poteva parlare che dei creditori ipotecari. Se il termine dei trenta giorni non è assegnato ai chirografari, ebbe torto Pigeau di sostenere che dopo questo termine rimangono esclusi (*Commentaire*, tom. II, pag. 429). È un grave riflesso, che i rigori usati cogli ipotecari, i termini più o meno perentorii che loro s'impongono, sono causati dalla necessità di esaminare i titoli, la posizione rispettiva, e statuire con un disegno complessivo e armonico sulla sorte dei loro crediti. I creditori chirografari stendono la mano, ognuno riceve la parte che gli spetta in linea di contributo: non si ha mestieri di formare un lavoro che qualche volta inchiude la soluzione del più ardui problemi di diritto.

I creditori chirografari, vaganti fuori della famiglia degli iscritti, *intervengono* comprovando i loro crediti giudicati, o almeno liquidi e incontestati; *intervengono* quasi terzi, che non fanno parte essenziale di un giudizio di esecuzione immobiliare e del giudizio d'ordine che ne consegue. Dimostrati creditori, hanno legittimo interesse, osservava Chauveau (questione 2566, nº 4), di contrastare il passo agli ipotecari, di combattere i loro titoli non giustificati, le loro iscrizioni irregolari: questa è la dottrina del citato autore, che mi par vera. Una decisione della cassazione francese del 10 aprile 1838 (*Journal Av.*, t. LV, pag. 488) ritenne che prima della *chiusura definitiva* il chirografario poteva sempre essere ammesso.

3. *Se un creditore ipotecario che ottenne col-*

locazione in un giudizio d'ordine possa concorrere in un altro giudizio d'ordine.

Tizio ha ipoteca generale su più fondi, e ipoteca speciale sur un dato fondo. Egli è stato utilmente collocato per la sua ipoteca generale; indi domanda collocazione per la sua ipoteca speciale sopra quello che gli è nominatamente obbligato. Sarà ammosso?

Una questione simile, e per noi anche più interessante, è quella del simultaneo concorso di Tizio, creditore speciale sopra più immobili, che, collocato in un giudizio d'ordine, concorre e insinua la sua domanda in altro giudizio d'ordine, i quali supponiamo pendenti avanti tribunali diversi.

Oscillante in pratica, mal fermo in teorica, questo punto di diritto giudiziario può essere ritirato a' suoi principii. La ipoteca è una cautela estesa: se abbraccia più corpi distinti, mantiene simultaneamente la sua efficacia sovra tutti e sovra ciascuno. Supponiamo che ognuno dei corpi ipotecati sia venduto all'asta pubblica, trasportandosi le ipoteche sul prezzo onde poi nasce il giudizio d'ordine. L'ipoteca che stava sul fondo in condizione d'inerzia, tende a realizzarsi e a convertirsi in soddisfacimento; e il bisogno di far valere questo diritto si suscita contemporaneamente in ogni luogo dove si apre una graduatoria fra i concreditori ipotecari. L'esercizio corrisponde all'attitudine che aveva il gius della ipoteca nel suo stato di semplice cautela. Onde è palese, che il creditore, chiamato, concorre in ognuno dei giudizi d'ordine, che equivale all'uso pleno e completo del suo diritto, dal quale può promettersi il perfetto e sollecito soddisfacimento de'suoi crediti.

Ne segue che la domanda di collocazione che egli abbia fatto in uno di codesti giudizi, non gli vieta di proporla negli altri che si vengono succedendo. Non gli si può opporre *una via electa*, perchè non è attore, perchè non agisce spontaneo, ma *ad sua tuenda jura;* perchè minacciato di danno ad un tempo, o in più parti, ha diritto di dar fuoco a tutte le sue batterie, se la figura non vi dispiace. È un vero *jus defensionis* che non può essere commisurato e ristretto.

Non gli può neppure essere opposta una collocazione anteriore ed utile; poichè la collocazione è la via del pagamento, e potrà anche condurvi; ma non è il pagamento nè la certezza assoluta di conseguirlo (1).

Questa per me è la teorica, questa la regola che permette al creditore ipotecario la libertà dell'esercizio rispondente alla estensione della sua ipoteca; ma non vi è assolutezza di teorica rimpetto alla giustizia moderatrice di tutti i mezzi d'azione, che, quantunque protetti dal diritto, si mostrino soverchianti di fronte al risultato che per essi si vuole e si deve ottenere.

Se il portarsi da una collocazione ad un'altra nei diversi giudizi che supponiamo simultanei, fosse per se stessa la rinunzia alla precedente domanda, si comprende che la questione non avrebbe più la stessa importanza; ma la rinunzia non è sempre la conseguenza di tale passaggio e del moltiplice esercizio (2); è probabile, e sarà questione di fatto, che voglia il creditore rinunziare alle anteriori collocazioni; ma se è cauto di premunirsi di una riserva, la rinunzia non potrà argomentarsi.

Certamente la facoltà che noi riconosciamo nel creditore ipotecario, ha la sua base ragionevole nel più facile e più sicuro conseguimento del fine, la realizzazione del credito. Ma cesserebbe se la realizzazione fosse ottenuta, o prossima ad ottenersi, chè in questo caso *idem est.* Se il creditore fosse già in possesso del mandato di esigere, se il prezzo è depositato, se non vi ha pericolo di contestazione o d'appello; le sue insistenze per essere collocato in altra graduazione a detrimento dei creditori rispettivi, non sarebbero giustificate dall'interesse; ma la prova esclusiva dell'interesse dovrebbe risultare evidente, militando, come dissi, pel creditore ipotecario, la regola che, insoluta la ipoteca, si può dappertutto esercitarne il diritto. Così ritennero i più moderni e savii nostri scrittori (*Commentario del Codice sardo*, t. v, part. I, pag. 592, 593), e le decisioni delle nostre corti (Bettini, 1850, tom. II, pag. 661, 1856, t. II, pag. 297), ed è materia che di sovente si riproduce, governata dalle varie e indefinibili posizioni dei fatti.

È palese che il pagamento che sopra uno od altro prezzo consegue il creditore, fa svanire ad un tratto le complicazioni e il pericolo del suo importuno concorso.

---

(1) « La collocation en ordre utile..... ce n'est « qu'une simple indication du paiement; n'opère ni « novation, ni libération du débiteur originaire » (Chauveau, quest. 2537 quinque).

(2) Quindi potremo avere distinte contemplazioni contemporanee, totali, senza riguardo ad altre, per un credito solo.

Non è dubbio che la maggior concentrazione di tali giudizi non sia cosa utile alla giustizia, onde la legge se ne dà cura, e la favorisce per quanto può; ma abbiamo altrove mostrato che la desiderata unità non è possibile, e sfugge alle più sapienti previsioni.

Intanto, *che farà il giudice delegato* che forma il primo disegno o progetto di graduazione? *Mai non appartiene a lui respingere un creditore, sotto specie che esso abbia ottenuto collocazione in altro concorso.* Sarà un punto di questione fra quelli che devono riferirsi al tribunale (articolo 713).

4. *Effetti utili della domanda di collocazione.*

1° Interrompe la prescrizione;

2° Fa decorrere gli interessi.

Ha il valore perciò di una domanda giudiziale; ancorchè, esistendo il credito, non si ottenesse il pagamento per difetto del prezzo.

Articolo 712.

Il cancelliere deve immediatamente far notificare con biglietto il deposito dello stato di graduazione, e il giorno e l'ora stabiliti dal giudice ai procuratori del debitore e del creditore comparsi, i quali, nel termine stabilito a norma del capoverso dell'articolo precedente, possono esaminarli nella cancelleria, prenderne copia, proporre le loro osservazioni, eccezioni e istanze, e produrre anche nuovi documenti, nel modo indicato dall'articolo 709.

Questa notificazione deve farsi anche al compratore.

Annotazioni.

Ogni creditore che comparisce, in obbedienza dell'articolo 666, n° 5, costituisce procuratore. Si tratta di un giudizio di tribunale, bisogna ricordarlo: la legge non ebbe d'uopo di ripetere la determinazione dell'articolo 156. La costituzione si farà nell'atto stesso della produzione dei titoli, se non si fosse precedentemente fatta; in mancanza, la domanda di collocazione non sarebbe nulla; ma il creditore sarebbe privato del diritto di notificazione, che in questo articolo è limitata ai *procuratori del debitore e dei creditori comparsi*, mentre si eseguisce al compratore *personalmente* (*Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 598).

Articolo 713.

Nel giorno e nell'ora stabilita le parti sono sentite nelle loro osservazioni, eccezioni e istanze. Il giudice delegato determina le questioni da riferire al tribunale. Si fa processo verbale, nel quale è pure stabilita l'udienza per la spedizione della causa.

Articolo 714.

I creditori che compariscano dopo il deposito nella cancelleria dello stato di graduazione, e prima che sia cominciata la relazione della causa all'udienza, sono collocati secondo il loro privilegio od ipoteca, ma soggiacciono senza ripetizione a ogni spesa di produzione e notificazione, e a quella della collocazione dei loro crediti, e del rinvio della causa cui dia luogo la loro comparizione tardiva.

Cominciata la relazione della causa, non sono più ammesse domande nuove di collocazione, nemmeno in grado di appello, salvo che siano proposte da creditori, ai quali il bando non sia stato notificato a norma dell'articolo 668.

Annotazioni.

1. Il termine di trenta giorni assegnato ai creditori nel n. 5 dell'articolo 666 non è osservabile a pena di decadenza.

Ben poche procedure hanno usata severità coi creditori che reclamano, generalmente parlando, un diritto sacro e della maggiore

importanza, al fine di non iscompigliare il lavoro del giudice graduatore (1). Secondo il sistema francese, si può comparire finchè il giudizio d'ordine *non sia definitivamente chiuso*. La *chiusura della graduazione* è la virtuale distribuzione del prezzo, comunque la materiale non sia peranco seguita. In quei sistemi che ammettono l'*omologazione*, è questo l'ultimo stadio del processo di graduatoria; il creditore ipotecario che non fosse comparso prima della sentenza di omologazione, sarebbe inesorabilmente escluso dal concorso. Egli non potrà dolersi che di se stesso.

In Piemonte le discussioni che precedettero il Codice del 1854, partorirono l'articolo 834, che, in caso d'appello e di riforma dalla prima sentenza, faceva agio ai creditori non comparsi innanzi di presentarsi al *giudice commesso*, che dovrebbe compilare il nuovo progetto di graduatoria in conformità della decisione della corte, entro gli otto giorni a questo effetto assegnati. Soverchio e irragionevole favore che rinfrescava con nuove controversie una lite che doveva ritenersi finita; permetteva di alterare lo stato delle cose giudicate dalla corte; dava luogo a nuovi appelli. Onde sino dal Codice del 1859 questa disposizione venne soppressa.

2. *Se il creditore ipotecario che non è concorso e non ha prodotti i propri titoli, abbia nonostante qualità per opporre eccezioni, la inesistenza, l'estinzione totale o parziale di alcuno dei crediti pei quali si è chiesta collocazione.*

Giusta il nostro articolo, *cominciata la relazione della causa*, *non sono più ammesse domande nuove di collocazione, neppure in appello*. Pietro, creditore ipotecario, non ha fatto le sue produzioni, e non può più essere considerato fra gli ipotecari. Per altro, tal è la condizione delle cose, che se Paolo, ipotecario, che è stato più di lui diligente, dovesse cadere dalla sua domanda, Pietro finirebbe col non risentire alcun danno dalla propria negligenza. Il prezzo è di lire 1000. Vi è un primo e incontrastato creditore per lire 200. Poi viene Paolo col suo preteso credito di lire 800. Il concorso si è chiuso con questa graduazione. Se la eccezione di Pietro rimane vittoriosa, a lui considerato anche qual semplice chirografario, la somma ricade. La sua tattica è dunque nel respinger Paolo; la sua eccezione *de non recevoir* non può confondersi colla petizione di prender posto nel giudizio d'ordine.

Questa bella questione fu esaminata in un consulto di quei maestri di procedura, che furono Carré, Tonillier, Jumealis e Grivart, e risoluta per l'ammissione. Essi, insieme al Chauveau, che approva la decisione (qu. 2564 ter), ci ammoniscono di una sostanziale differenza che bisogna aver presente. Se quel creditore ipotecario decaduto contrastasse la legittimità e regolarità del giudizio d'ordine, non sarebbe ascoltato; egli non avrebbe qualità. Alla eccezione che mira ad escludere un credito prescritto, pagato, non regolarmente iscritto, proposta da chi si appoggia in un legittimo interesse per le conseguenze che sono per derivargliene, non può mai esser venuto meno il tempo. « Le bon sens et la justice « (scrissero quei consulenti) disent que pour « réclamer une créance *il faut absolument être « créancier* ». Trattavasi di una confessione di pagamento che si opponeva al sedicente creditore ipotecario; rigettare la eccezione, quasi *de non jure excipientis*, avrebbe prodotta una sì strana ingiustizia, che basta a dimostrare la necessità di questa teorica.

3. *Effetto della non produzione in tempo debito rispetto al creditore ipotecario escluso dalla collocazione.*

Nel bene o nel male il risultamento è così esposto dal Chauveau: « Le effets consistent « en ce que le créancier forclos ne peut plus « troubler les collocations admises, et qu'il doit « subir l'ordre tel qu'il a été fait en son « absence; mais cette déchéance, qui n'a point « d'autre objet, laisse intactes son hypothèque « et son inscription *qui continuent d'affecter « le sommes non absorbées par les bordereaux « de collocation* de tel sorte, que, quoique for« clos de l'ordre, *le créancier non produisant « prime encore les créanciers chirographaires* » (quest. 2576 ter.).

Questa massima, da più decisioni consacrata, è di gran momento; onde si vede che su quello che si chiama *fondo restante*, si opera in certo modo un altro giudizio d'ordine fra gli ipotecari non collocati e i semplici chirografari, pei quali soltanto la distribuzione è fatta per contributo (2). Ogni iscrizione, pagato dal deliberatario il prezzo, dev'essere cancellata (articolo 720); ma dura intanto la

(1) Il § 1374 del Regolamento pontificio 10 novembre 1834 riteneva *come non avvenute le opposizioni alla consegna sul prezzo* prodotte dopo l'*opinamento*. Il Codice di Parma era anche più rigoroso (articolo 895).

(2) « Il contributo consiste nel sottoporre ciascuno dei creditori ad una perdita proporzionale alla quantità dei crediti rispettivi » (§ 1375 del suddetto Regolamento romano).

iscrizione del creditore non collocato, e fa sentire la sua efficacia attuale in confronto del chirografario.

4. Il creditore che per mezzo del suo procuratore si presenta all'udienza, domandata la parola prima del cominciamento della relazione, può ottenere la sospensione e il rinvio, soggiacendo alla penalità delle spese ordinata in questa legge.

Articolo 715.

Qualunque creditore di un creditore interessato nel giudizio di graduazione può intervenirvi, sia per far valere e conservare le ragioni del suo debitore, sia per essere collocato sulla somma che spetti al medesimo.

A questo effetto il giudice delegato, formato lo stato di graduazione dei creditori diretti, forma quello dei loro creditori.

L'importare della collocazione di ogni creditore è distribuito come il prezzo di cose mobili.

Annotazioni.

1. Dopo la graduazione degli ipotecari, si forma un giudizio, chiamato di *sott'ordine* (secondo) e per gli effetti di questo articolo.

Il creditore *interessato nella graduatoria* è quello che sta per trarne profitto; ma deve intendersi in questo caso dei *creditori ipotecari?*

L'articolo 778 del Codice di procedura francese dice invece: « Tout créancier pourra « prendre inscription pour conserver les droits « de son débiteur; mais le montant de la col- « location des débiteurs sera distribué, comme « chose mobilière, entre tous les créanciers « inscrits ou opposant avant la clôture de « l'ordre ».

Per quanto questa disposizione sembrasse restringere il subconcorso ai creditori che prendevano iscrizione sulla iscrizione del loro debitore, ossia ipotecariamente la vincolavano col subingresso, non si tardava però a scorgere ch'essa non costituiva che una facoltà; e supponeva che il creditore del creditore si fosse cautato nel miglior modo possibile. Nondimeno anche creditori non succeduti nella iscrizione si ammettevano; e la forza di questo articolo del Codice francese era piuttosto diretta a determinare uno de' suoi effetti, mediante il quale fu posto fine a varie questioni che si agitavano in Francia. L'effetto cioè di un'ammissione per *contributo* senza riguardo a chi avesse o no presa iscrizione, e in qual tempo l'avesse presa.

Negli studi preparatorii del Codice del 1854 apparve ciò che vi era di soverchio e d'imbarazzante in quella legge francese; e si adottò una locuzione più comprensiva, che ha meritata la conferma delle legislazioni posteriori.

L'articolo 715 si manifesta con due scopi distinti: 1° *Conservare le ragioni del debitore;* 2° *Essere a lui surrogato nella parte di prezzo che gli è dovuta.* Il creditore del creditore è *un terzo* e un volontario interveniente, secondo l'articolo 201, che nei giudizi sommari gli concede spazio *finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza.* L'intervento si domanda: ma il tribunale, se ne sia il caso, lo ammette all'udienza medesima (1).

Non è stabilito termine nell'art. 715, il cui tenore potrebbe far ritenere che il *creditore del creditore collocato* non dovesse poi soprastar tanto da non lasciare quasi più tempo al *giudice delegato* di formare il secondo ruolo che il capoverso del nostro articolo gl'impone di fare. L'interveniente nondimeno è favorito da due testi onde poter conchiudere che gli basta di anticipare sulla *relazione della causa all'udienza:* e sono i citati articoli 201 e 714. Quest'ultimo può invocarsi da lui con ragione anche più forte: 1° Perchè se i creditori ipotecari, la cui comparsa dissesta tutto il lavoro del giudice delegato, sono ammessi sino a quel punto, malgrado i lunghi termini assegnati, molto più lo dovranno essere i creditori che non hanno altra pretensione che dividersi il restante del prezzo; 2° Perchè lo *stato di graduazione* che li concerne è naturalmente posteriore a quello dei creditori diretti.

La difesa che il creditore assume *per con-*

(1) L'interveniente *domanda la parola* in causa ove non è chiamato. La domanda per mezzo di procuratore autorizzato. In questa qualità di giudizi il decreto può pronunciarsi immediatamente, e risultare dal verbale d'udienza. Nei giudizi d'ordine non si dà intervento accessorio.

servare le ragioni del debitore non è accompagnata *ex necesse* dalla domanda di surrogazione nelle sue ragioni. Può avere una vista più remota. Vi sono dei creditori inerti, forse perchè sanno che il profitto sarà da altri raccolto; il loro creditore potrà prendere per essi o mantenere la loro iscrizione, vincolarla al proprio credito; ma d'ordinario ha lo scopo immediato di esser pagato su quel credito. Ma ove non subentri, per cessione, nell'ipoteca del suo debitore, e non eserciti che questa vera sequestrazione sulle somme a quello dovute, creditore ipotecario non è: la sua azione non è reale sul fondo o sul prezzo che lo rappresenta, per conseguenza non vi ha diritto di prelazione fra tali concorrenti.

2. *Il secondo stato di graduazione sarà redatto colla stessa forma e rito del primo e negli stessi termini?* (articoli 711, 712, 713).

Il progetto del giudice delegato, comunque in due parti diviso, può esser uno, se gli siano forniti in tempo i materiali opportuni: può il secondo ruolo esser materialmente separato dal primo, quando i creditori dei creditori siano giunti tardi. In quel caso il metodo è unico; e ciò che la legge adotta pei creditori ipotecari, potrà esser reso comune ai chirografari o ai creditori dei creditori sì nei termini che nei modi. Nell'altro caso non essendo prescritte regole, e non essendovi pari ragione per ripeter quelle che al concorso degli ipotecari sono statuite, si procede più semplicemente. Il giudice delegato, chiamate a sè con invito di cancelleria le parti interessate, giusta l'articolo 713, fissate le questioni e ogni cosa consegnata al processo verbale, indicherà l'*udienza per la spedizione della causa.*

Articolo 716.

All'udienza stabilita il tribunale, udita la relazione del giudice delegato, e sentite le parti, pronunzia sulle questioni determinate dal giudice, e sulle altre che siano proposte, e omologa lo stato di graduazione colle variazioni che giudichi necessarie.

Coloro che abbiano proposto all'udienza questioni che avrebbero potuto proporre davanti il giudice delegato, sono condannati nelle spese maggiori cagionate dalle loro domande ed eccezioni tardive.

Nella sentenza di omologazione il tribunale tassa, sopra nota fatta dal cancelliere, le spese del giudizio di graduazione, che sono collocate prima di ogni altro credito; pronunzia la decadenza di tutti i creditori non comparsi; ordina la spedizione delle note di collocazione ai creditori utilmente collocati, e la cancellazione delle iscrizioni di quelli non collocati in grado utile, o che non abbiano prodotto i loro titoli; il tutto riguardo ai beni il cui prezzo cade nella graduazione.

La nota delle spese anteriori alla spedizione della causa, da farsi dal cancelliere, deve essere depositata nella cancelleria almeno ventiquattro ore prima dell'udienza anzidetta, e le parti possono farvi le loro osservazioni per iscritto, o anche verbalmente all'udienza.

Annotazioni.

1. Il tribunale risolve le questioni proposte dal giudice delegato; risolve le nuove che sorgono all'udienza; mancando a tali doveri, la sentenza sarebbe cassabile. Supplisce d'ufficio e senza bisogno d'istanze e conclusioni, alle imperfezioni del progetto, indaga la verità, e nella sua sapienza provvede.

2. La disposizione del primo capoverso sta in relazione coll'articolo 714. Il creditore potrà difendersi da questo aggravio di spese, mostrando di non essere stato citato, regolarmente notificato, ecc. (Carré in Chauveau, quest. 1565).

3. *Sul procedimento.*

L'udienza *è stabilita dal giudice delegato* (articolo 713). Non si ha obbligo di notificare il processo verbale; ma la parte più diligente citerà tutti gli interessati all'udienza stabilita con atto di procuratore, intimando il decreto del giudice: i documenti che hanno servito di base al lavoro del graduatore, insieme a questo, sono dal cancelliere trasferiti al banco del tribunale.

Il *procedimento sommario* fu già dato per regola dall'articolo 573: ha pure la sua piena applicazione l'articolo 574.

4. *Forma della sentenza.*

L'articolo 361 specifica le nullità delle sentenze: poi dall'ordinamento contenzioso passando all'esecutivo, c'incontriamo in procedure eccezionali, proporzionate a certe combinazioni che si direbbero straordinarie; abbiamo delle sentenze alle quali o non potriano del tutto applicarsi le discipline dell'articolo 361, o qualche altra nullità di una specie particolare vi si aggiunge. La legge però non ci conforta con veruna disposizione applicata alla mutata indole degli atti; siamo costretti a supplirvi colla nostra ragione o con qualche esempio di una rara giurisprudenza.

La sentenza di guaduazione non sarà tenuta al riferimento delle *conclusioni delle parti* (articolo 360, n° 4) *sotto pena di nullità*, giusta la severa censura dell'articolo 361?

Portata la precisa questione alla corte di Torino, si rispose a favore della validità della sentenza, ritenuta la inapplicabilità dell'articolo 205, n° 2 della procedura del 1854, conforme al nostro articolo 360, n° 4 (*Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 606). Riferire le *conclusioni delle parti* è necessario allorchè sono determinative della questione e cardini per giudicarla, fuori ed oltre le quali il giudice non ha giurisdizione, ed alle quali per conseguenza il suo giudizio è legato. La sentenza di omologazione invece ha per subbietto suo proprio il progetto di graduatoria formato dal giudice delegato, intorno al quale si rannodano altresì le osservazioni ed eccezioni delle parti.

Tuttavia non bisogno abbandonarsi ad una teoria troppo larga in una materia come questa, sempre difficile e pericolosa. In siffatti giudizi non si procede, è vero, per via di conclusioni, come nei giudizi ordinari; la operazione del giudice graduatore raccoglie domande ed eccezioni anche verbali, e, per dir così, si fondono nel suo stesso lavoro. Ma altro è che non sia caso di nullità il non riportare le conclusioni, che è una mera forma; altro è che si possa o *pronunciare contro le conclusioni*, non semplicemente riparando anche d'ufficio gli errori, ma decretando cosa non domandata, o *si possa prescindere dalle istanze ed eccezioni*, siano o no in forma di conclusioni, dissimulandone la esistenza, e non rispondervi in verun modo; tutto ciò è di sostanza, e porterebbe a nullità (corte di Nizza, 18 aprile 1857, Bettini, 1857, part. II, p. 384; Chambéry, 26 dicembre 1854, Bettini, 1854, p. II, p. 842; la stessa corte, 9 febbraio 1858, Bettini, p. II, pag. 176).

Fu pure deciso che il nome del debitore spropriato e del deliberatario devono figurare nelle intestazioni delle sentenze sotto pena di nullità (corte di Nizza, 28 febbraio 1857, Bettini. part. II, pag. 173, e la citata del 18 aprile).

In opposto la *sentenza di omologazione* ha delle formalità intrinseche e sostanziali, *sui generis*, che sono ben descritte nell'articolo 716. La sanzione di nullità non essendo espressa, è d'uopo richiamarsi alla norma razionale dell'articolo 56, capoverso 1°. Ciò che vi ha di veramente essenziale, oltre la completa collocazione e la specifica risoluzione di tutte le istanze relative, si è *la spedizione delle note di collocazione e la cancellazione delle iscrizioni*. L'omessa liquidazione delle spese potrebbe supplirsi; la *decadenza dei creditori non comparsi* può considerarsi una conseguenza di diritto.

La legge ingiunge di mentovare la *relazione del giudice graduatore* (udita la relazione, ecc.). Io convengo col Chauveau (questione 2581 quat.) e coll'illustre espositore di questa parte del Codice sardo del 1854 (t. V, part. I, pag. 605), che quanto è necessaria la *esistenza della relazione*, altrettanto è necessario risulti dalle menzioni nella sentenza, che altrimenti dovrebbe dichiararsi nulla. Ma non siamo noi avvinti alla formola: *udita la relazione;* ed è quasi inconcepibile una sentenza di omologazione che non rammenti in qualche parte de'suoi motivi, o non riassuma, confermandolo o modificandolo, lo stato provvisorio presentato dal giudice, che infine è tutta la materia del giudizio.

5. *Collocazione definitiva del creditore graduato in più giudizi d'ordine.*

Fra più giudizi d'ordine, il primo che si definisce, determina la posizione di quel creditore, e con essa le subalterne e dipendenti. Interamente soddisfatto questo creditore anteriore (1), se ottenne grado in altri giudizi, la catena si scioglie, e subentrano i creditori posteriormente collocati. Mi spiego. Tizio ha ottenuto grado sul prezzo di un fondo che fu venduto dal tribunale di Ravenna; ma ritardando il pagamento per insorte contestazioni, aprendosi altro concorso avanti il tribunale di Bologna sopra altri fondi soggetti alla sua me-

(1) Qualche volta i tribunali trovano prudente di assoggettarlo a cauzione, che rimane sciolta *ipso jure* colla sua collocazione definitiva e totale.

desima ipoteca, ivi pure ottiene collocazione, per la quale viene soddisfatto. I creditori posteriormente graduati dal tribunale di Ravenna prendono *de jure* il suo posto: non così possono a quelli trasportarsi i creditori posteriori del giudizio di Bologna se non abbiano del pari ipoteca nei due circondari, e in quello di Ravenna non siano concorsi. Essi subiscono la sorte naturale di un'ipoteca posteriore. Ogni collocazione ipotecaria non *ha che una semplice ragione graduale di credito sul prezzo caduto in distribuzione;* ben disse la corte di Torino (15 dicembre 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, 1850, pag. 111); onde si comprende moltiplice, e come tutte vengano a cessare col pagamento.

Non è da noi il parlare di tutti gli effetti e dei variati fenomeni della surrogazione legale, che piuttosto appartiene agli espositori del Codice civile.

6. *Osservazioni generali sulla qualità dei crediti ammissibili nei giudizi d'ordine.*

Ponendo mente alla natura di un giudizio d'ordine, si scorge tosto che, al pari di ogni altro giudizio esecutivo, ripudia le controversie che al diritto di azione, alla causa e sussistenza del credito appartengano piuttosto che al diritto di esecuzione e al sistema di soddisfacimento. Nella quale discretiva però non si procede senza difficoltà, sia che la giurisprudenza non presenti, come difatti è, un complesso di dottrine abbastanza sicuro, sia che la materia resista a combinarsi in una teorica di principii, com'è egualmente vero. Nelle generalità della giurisprudenza bastò dire che in simili giudizi *non si permettono quistioni di troppo alta indagine sulla validità di un credito* (corte di Genova, 10 e 28 giugno 1850, Bettini, part. II, pag. 664; corte di Parma, 5 agosto 1854, Bettini, part. II, pag. 527). Se il giudizio d'ordine potesse convertirsi in una arena in cui le azioni che più abbisognano di dimostrazione e di prova, e le eccezioni più disputabili fossero per venire in giostra, si mancherebbe allo scopo; nè occorre fermarsi sulle conseguenze di questa tumultuaria battaglia fra tanti interessati, mentre altri, semplici spettatori, non verrebbero mai a capo dei loro crediti.

Intanto, per venir tracciando qualche regola, *la prevalente importanza di un credito con ipoteca scritta e apparente* sopra un credito semplice, è quivi pure manifesta. Quella vi presenta il segno visibile e legale della sua esistenza; e contro la opposizione si può sempre allegare con profitto lo stato estrinseco della cosa, e rispondere: ma la ipoteca c'è, e il fondo è affetto a questa ipoteca finchè non sia cancellata. Ben diversa è la posizione del chirografario, ma il giudizio d'ordine è fatto per gli ipotecari. La posizione del creditore ipotecario è veramente minacciata dagli obbietti che si elevano *contro la iscrizione:* quindi una simile contestazione è propria del giudizio d'ordine, e vi è necessariamente continuata: tal questione non può rinviarsi, deve decidersi. Se ritenuta regolare la iscrizione, si contende sul credito, sulla validità della obbligazione che lo avrebbe prodotto, sulla novazione che ha subìto, ecc., aggravandosi il dubbio, il tribunale sospende il suo giudizio e rinvia i contendenti in sede opportuna; *non nega però la collocazione*, perchè la iscrizione esiste, e la presunzione del diritto favorisce sempre il creditore iscritto, ma la concede provvisoria, sotto riserva; il più delle volte ordina una cauzione (Vedi le due summentovate decisioni della corte di Genova).

Altra regola. Se il credito risulti provato e certo in genere, ma indeterminato in specie, si deve ammettere, non differire ad altro giudizio la liquidazione, rifiutando la collocazione, e solo obbligando i creditori posteriori a dare malleveria. È stato deciso con ragione che una tale sentenza è nulla (corte di Genova, 13 novembre 1848, Bettini, part. II, pag. 904).

Ciò intendo ove la liquidazione non fosse indaginosa, difficile, e non semplicemente di calcolo ma di massima e di principii, e costituisse, come a dire, la importanza stessa del diritto. Tizio, assicurato dagli incendi, ottenne sentenza che gli attribuisce azione di risarcimento cho gli era stata contestata dagli assicuratori, e in forza di essa sentenza può prendere iscrizione in genere. Ma che però? Tali e tante questioni nascono sulla liquidazione, che manifestamente si eccede la portata di un giudizio d'ordine: è possibile in tal caso accordare a siffatto creditore una collocazione utile? Si sa che esiste l'azione del danno; ma le varie partite essendo contrastate, il risultato potrebbe escludere il credito o ridurlo a poco. Il credito insomma ha troppo del vago e dell'eventuale. Saranno ammessi in luogo suo i creditori posteriori sotto cauzione (1).

---

(1) La differenza dei casi notati è questa. La iscrizione esiste per un credito certo di lire 1000. Si attacca la validità della obbligazione, la realtà del diritto, ecc.; ma la prova deve farsi, e intanto

Se l'azione di un creditore chirografario contro un creditore ipotecario graduato è contraddetta, egli può ottenere il suo scopo *mediante sequestrazione*. Con questo mezzo viene a formarsi un giudizio particolare che non perturba *la massa:* restando depositata la somma, il giudizio può terminarsi fra gli interessati anche dopo la liberazione di tutti gli altri creditori (corte di Casale, 16 febbraio 1852, Bettini, part. II, pag. 207).

Così pure fu giustamente deciso che una questione di assegnazione e riparto fra gli eredi di un creditore utilmente graduato, è separata dal giudizio d'ordine, e deve decidersi dal tribunale della eredità (Chambéry, 9 febbraio 1852, Bettini, part. II, pag. 167).

SEZIONE II.

Del pagamento o deposito del prezzo, e delle ordinanze per la cancellazione delle ipoteche.

Articolo 717.

Omologato lo stato di graduazione, le parti fanno d'accordo la liquidazione dei loro crediti. Se le parti non si accordano, la liquidazione si fa da un perito nominato d'ufficio dal giudice, il quale ne riceve il giuramento.

La liquidazione è depositata nella cancelleria, e, se sia stata fatta dal perito, il cancelliere ne dà avviso alle parti mediante biglietto.

I reclami contro la liquidazione del perito devono proporsi al tribunale nel termine di giorni cinque dal detto avviso, con citazione in via sommaria.

Non impugnata la liquidazione, o risolte le opposizioni, il cancelliere spedisce ai creditori utilmente collocati le note di collocazione, le quali, approvate e sottoscritte dal giudice delegato, e rivestite della forma stabilita dall'art. 556, hanno forza di titolo esecutivo contro il compratore.

L'appello della sentenza di omologazione, o da quella che pronunziò sulle opposizioni alla liquidazione, non sospende la spedizione delle note di collocazione per i crediti anteriormente collocati e non compresi nell'appello.

Annotazioni.

1. La sentenza di graduazione determina le posizioni rispettive dei concorrenti (i gradi), e insieme dichiara la esistenza del diritto qual base fondamentale della operazione. Nel nostro sistema, la *liquidazione dei crediti* è ufficio di un giudizio separato e pedissequo. Crediti liquidati possono esservi per virtù di documenti che ne dimostrino la certezza; indubitato però, ch'essa non si desume dalle sole enunciative della iscrizione. Raro è che non si abbiano ad esigere anche gli interessi dei crediti: un locatore che ha iscritta la sua guarentigia per le corrisposte e gli altri diritti del contratto, dovrà dichiarare e mostrare la quantità che gli è dovuta. Ognuno di questi creditori avrà fatto delle spese; occorre dunque una liquidazione, più o meno, e un accertamento di cifre. Questo sistema, che ci deriva dal Codice piemontese del 1859, giova alla semplicità dei due giudizi, distinguendoli in parte che può dirsi giuridica e di massima, ed in parte esecutiva. *La liquidazione*

I fatti estrinseci parlano a favore del diritto e del credito; ovvero la iscrizione è generica, resta a farsi la prova del credito effettivo, o almeno del suo principale ammontare, ed è contestata. Si scorge facilmente quanto la posizione sia diversa.

non fa che precisare le conseguenze dell'assegnazione di diritto; e questo e non altro si opera in codesta liquidazione che chiamo pedissequa e consecutiva.

2. Può esservi peraltro (il che mi pare notevole) una specie di liquidazione precedente lo stesso giudizio di omologazione, o, meglio ancora, precedente la formazione dello stato provvisorio. Ed è quella che è necessaria per rendere efficace ed attuabile il titolo stesso della collocazione. Vi hanno per esempio iscrizioni che non guarentiscono che un credito possibile: il credito di un amministrato non esiste prima di una liquidazione qualunque del conto d'amministrazione; se non si rimane contenti ad un collocamento eventuale, è d'uopo presentarsi con un conto liquidato, almeno nelle parti più rilevanti (1), *non dopo* il giudizio di omologazione, *ma prima.* Del resto, se provato sufficientemente il credito onde conseguire la collocazione, rimanesse qualche ulteriore e più specifica determinazione, si ridurrebbe al preciso nel giudizio successivo di liquidazione.

3. L'operazione della perizia ha il suo metodo particolare; le parti, io credo, possono nominare d'accordo il perito: altrimenti la nomina è fatta dal giudice. Quantunque non si tratti che di liquidazione, il lavoro è abbastanza importante nei suoi effetti per ritenersi che il perito potrà, in casi gravi, essere ricusato (articolo 254). Che si direbbe se il perito fosse parente nei gradi vietati di alcuna delle parti o interessato? Fattosi dal cancelliere il verbale della convocazione delle parti o del non riuscito componimento fra loro, il giudice, autore dello stato provvisorio e delegato a tutto questo processo, *pronuncia un'ordinanza*, nominando il perito; e l'ordinanza dev'essere notificata ai procuratori delle parti. Quantunque l'articolo 717 non ne faccia parola, non è permesso dal buon ordine processuale un metodo diverso. Ma la ricusa dovrà essere immediata; prima cioè della istanza che dovrà farsi al giudice delegato onde assegni la propria udienza, nella quale le parti o il perito compariscano avanti di lui all'effetto della liquidazione. È un'applicazione d'analogia dell'articolo 255, e non può farsi che in relazione a questa forma di giudizi affatto speciale. La ricusazione si vuole anteriore al *giuramento* del perito (articolo 255). Il perito presterebbe giuramento all'ingresso dell'udienza, che sarebbe destinata dal giudice.

Il *reclamo* è sospensivo; quanto all'*appello*, V. il n. 2 delle seguenti Annotazioni.

Articolo 718.

Quando il compratore non paghi nei cinque giorni dalla notificazione delle note di collocazione, si può promuovere la rivendita a norma dell'articolo 689.

Annotazioni.

1. *Note di collocazione.*

Definito lo stato dei creditori *utilmente graduati* sino cioè alla concorrenza del prezzo, non resta che il pagamento. *La nota di collocazione* (hordereau de collocation) *è il titolo esecutivo del credito* (art. 717, capoverso 3°). Il cancelliere rilascia ai *singoli creditori per ogni collocazione* (2) un certificato che contiene la parziale dichiarazione della sentenza che lo riguarda. *È il mandato di pagamento.* Il documento redatto colle solennità dell'articolo 556 è notificato al compratore *che deve pagare entro cinque giorni.*

2. *Spedizione delle note di collocazione esistendo appello.*

Non sarebbe giusto ritardarle per quei creditori che stanno fuori di contesa, *per i crediti anteriormente collocati e non compresi nell'appello* (articolo 717).

È raro che l'appello cada sul sistema, cioè su tutta la sentenza. Ma il concetto dell'insieme può essere stato guidato da un principio

(1) Se il rendiconto fosse contestato, non si potrebbe considerare la iscrizione che come di un diritto eventuale.

(2) « Chaque créancier recevra autant de bordereaux qu'il y aura pour lui de collocations distinctes. Le créancier poursuivant recevra un bordereau pour les frais du poursuivité d'ordre, et pour ceux de la radiation de son inscription, qui, suivant l'article 759, doivent être colloquées par préférence à toute autre créance. Il recevra en outre un bordereau pour chacune de ses créances personnelles qui auraient été colloquées distinctement; enfin, des autres créanciers recevra un bordereau pour les frais de son inscription collocable en premier rang, et ensuite d'autres bordereaux distincts pour les créanciers utilement colloqueca » (Carré, all'articolo 771).

che s'impugna. Le ipoteche che hanno trionfato per l'età non furono rinnovate in un tempo che il contradditore definisce secondo il suo punto di vista, che non è quello del tribunale. È manifesto che in questa ipotesi sarebbero attaccati anche i primi graduati, anzi quelli principalmente, e tutti si dovrebbero citare in appello: la citazione sarà scorta al cancelliere per negare la spedizione delle note.

3. *Se per procedere contro il compratore sia necessario esecutoriamente il precetto* (atto di comando).

La legge dice che *la nota di collocazione vale titolo esecutivo*. Nient'altro. Ma la regola dell'art. 562 non è punto derogata. La giurisprudenza piemontese, imperando legislazione non diversa, ritenne la necessità dell'*atto di comando*. La notificazione della nota al deliberatario lo costitnisce in mora, e abilita a mandargli addosso il precetto con minaccia di esecuzione (corte di Torino, 12 aprile 1856, Bettini, tom. II, pag. 458: *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 621) (1).

Ma insieme al titolo esecutivo non potrebbe intimarsi il precetto? No. Se è vero che la notifica della nota costituisca in mora il compratore, egli avrà dunque franchi i cinque giorni per pagare spontaneamente. Posto che si voglia prescindere dalla *rivendita*, e si prescelga di spinger gli atti contro il compratore, il precetto diventa necessario preliminare della esecuzione, e per i termini e per i modi che sono propri alla natura dei beni che si ha in mira di apprendere.

È stato ritenuto che la sentenza di omologazione *non è titolo esecutivo al debitore*, il quale per esigere dal compratore l'avanzo ha d'uopo di fare istanza e di ottenere apposita ordinanza (Bruxelles, 13 aprile 1822; Chauveau, quest. 2611 bis). Il cancelliere non rilascia al debitore, come ai creditori, *mandato di pagamento*. Il debitore deve far constare, in seguito della liquidazione, la rimanenza che gli perviene. Per questa appendice gli basterà citare a udienza fissa, avanti il giudice delegato, il compratore, onde sia rilasciato contro di lui l'ordine di pagamento che formerà il suo titolo esecutivo.

E qualche volta potrà non esser necessario; e sarebbe in una di queste evenienze: o che non accordandosi i creditori nella liquidazione, fosse nata ordinanza del giudice che avesse rilasciato quest'ordine a favore del debitore; o che lo stesso giudizio di liquidazione non avesse avuto luogo, e il tribunale, non essendovi che pochi creditori, con crediti certi e incontrastati, avesse ordinato il pagamento al debitore. Quella sentenza gli fornirebbe il titolo della esecuzione. O finalmente che assai gravi e dubbie elevandosi questioni avanti il giudice della liquidazione, fosse d'uopo ricorrere al tribunale che nella stessa sentenza ordina di pagare il residuo al debitore.

4. *Della rivendita.*

Della rivendita si discorse a suo luogo (all'articolo 689). E parmi sia stata sufficientemente spiegata la natura di questa operazione. Ma ora fa mestieri qualche altra avvertenza. *Promuovere la rivendita*, come si esprime notabilmente il nostro articolo, è in facoltà di ogni creditore: tal è il disposto dell'articolo 689. Ivi pure è stabilito che il tribunale deve ordinarla. È un giudizio ben importante; deve pronunziarsi *causa cognita*, e può sommuovere questioni: mi limito ad accennare la seguente.

Una difficoltà può presentarsi quando il compratore abbia già cominciato a fare i pagamenti: abbia cioè eseguito, ma solo in parte, l'obbligo suo, e non si presti a compierne il soddisfacimento.

La rivendita a carico del compratore, con tutte le dolcezze che la seguono, è una pena, giusta se vuolsi, ma gravissima; e non potendo attenuarsi nè dividersi in parti, deve corrispondere al *mancamento totale*. La solidarietà attiva, per la quale un creditore può agire nell'interesse di tutti (*promuovendo la rivendita*), è conguagliata dalla passiva; io ritengo che la percezione di una parte del prezzo fatta da uno dei creditori ipotecari e legittimi, mettendo in essere la facoltà attribuita dall'art. 718, basti a liberare il compratore dalla rivendita (2), ma sarà costretto coll'azione personale.

5. *Della permanenza del giudizio d'ordine di fronte alla nuova vendita.*

Non si tratta che di surrogare un compratore ad un altro. Il prezzo è quello; sempre quello. In altre procedure l'eccedenza risultante dalla seconda vendita favoriva i creditori e lo spropriato debitore; ma ora, con più umana disposizione, si aggiudica al compratore decaduto, come si vide parlando dell'art. 693. Perciò, ferma restando la graduatoria, *il portatore della nota di collocazione conserva il suo titolo esecutivo contro il nuovo deliberata-*

(1) Richiamato l'articolo 565, si vede che non sarebbe applicabile.

(2) Se il pagamento fosse fatto in *anticipazione* non crederei avere lo stesso effetto.

rio, o l'avente causa dal compratore moroso. Ed è stato anche deciso che la sentenza di graduatoria forma cosa giudicata, ed è quindi incensurabile dal nuovo compratore (cassazione, 15 luglio 1851, *Gazzetta dei tribunali* 1851, tom. I, pag. 712).

Articolo 719.

Il compratore di mano in mano che paga i mandati di collocazione, ha diritto di ottenere dal giudice delegato, mediante la presentazione delle quitanze, l'ordine della cancellazione delle iscrizioni delle ipoteche relative ai crediti estinti, e la riduzione per eguale concorrenza dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori.

Per ottenere dal giudice delegato l'ordine della cancellazione definitiva di quest'ipoteca legale, il compratore deve giustificare di aver pagato integralmente il prezzo della vendita cogli interessi.

Articolo 720.

Fatta la spedizione di tutte le note di collocazione il compratore ha diritto di ottenere dal giudice delegato l'ordine per la cancellazione delle iscrizioni dei creditori decaduti, e di quelli non collocati in grado utile, in conformità dell'articolo 716.

Articolo 721.

Il compratore per ottenere l'ordine di cancellazione o riduzione indicato nei due precedenti articoli, deve far citare, a proprie spese, davanti il giudice delegato i creditori comparsi nel giudizio di graduazione.

La citazione è fatta in persona dei loro procuratori.

Questa citazione non è necessaria per i creditori non comparsi, purchè sia stato loro notificato il bando a norma dell'articolo 668.

Annotazioni.

1. Queste disposizioni scritte già nel Codice sardo del 1859 (articoli 862, 863, 864) meritarono conferma nella sostanza, migliorate però nella redazione.

Noi sappiamo che, oltre le singole iscrizioni dei creditori, dove iscriversi sul bene venduto a cura del cancelliere e a carico dell'acquirente l'ipoteca legale per l'articolo 2080 del Codice civile. Il concetto più rilevante è quello dell'articolo 721 : il legislatore, non contento che siano giustificati al giudice delegato i pagamenti, ha creduto che la citazione del creditore soddisfatto sia necessaria, e occorra un giudizio per autorizzare il conservatore delle ipoteche a cancellare le iscrizioni. Nella procedura francese la cancellazione si effettua di ufficio, e sotto la sua responsabilità, dal conservatore, viste le prove dei pagamenti : così pure altri codici ordinarono. La nostra legge va sino allo scrupolo. Un pagamento può essere contestato. Può farsi per ognuno una causa. Gli articoli 719 e 721, quantunque assai meno equivoci degli articoli 773 e 774 del Codice francese, hanno qualche bisogno di essere accordati fra loro. Per l'art. 719 sembra che l'*ordine della cancellazione* proporzionale ai pagamenti, *di mano in mano che si eseguiscono*, non abbia che a chiedersi al giudice delegato, e sia un diritto del creditore : sistema medio fra l'uffiziale autorità del conservatore e la necessità di una pronunzia giudiziale. Ma poco stante l'articolo 721 viene a farci conoscere che quell'ordine non potrebbe ottenersi senza citare di volta in volta. E ciò non gli giova troppo, imperocchè se vorrà tor via la ipoteca legale che abbraccia lo insieme delle sue obbligazioni di compratore, egli dovrà citare tutti, compresi i creditori decaduti e quelli non collocati in grado utile, purchè siano comparsi : e dovrà pure citare il debitore,

quantunque non ne sia motto in questi tre articoli (1).

2. La nuova legge si è data cura di esprimere che siffatti giudizi sono *a spese del compratore*. Ciò è grave, ed obbligherà i compratori a farsene ragione nelle loro offerte. S'intende delle spese ordinarie e necessarie. Se un creditore pagato impugnasse il pagamento ed avesse torto, le spese occasionate da tale eccezione non potrebbero esser altro che sue.

3. Per l'articolo 720 si fa manifesto non bastare la sentenza pronunzinta dal tribunale che ordina *la cancellazione delle iscrizioni dei creditori non collocati in grado utile, o che non abbiano prodotti i loro titoli* (articolo 716); si esige un altro pronunziato, quello del giudice delegato. Certo è che alla sentenza del tribunale dell'omologazione non potrebbe ottemperare il conservatore, che dopo ciò aspetta la ordinanza. Egli pare che la decisione del tribunale sia generica, ma la sola ordinanza del giudice delegato, come quella che è specifica e motivata dall'esame dei titoli di pagamento, sia attendibi le a tal effetto; ed è infatti la sola pronunzia nominativa *et per singula capita* disponente. Il giudice viene così ad esercitare una facoltà delegata colla sentenza di omologazione.

4. I creditori *non comparsi* (che non produssero i loro titoli) non si citano di quelli in fuori *ai quali non fu notificato il bando*. Che mai avverrà se creditori non notificati comparissero ora, nell'ultimo atto, mentre sta per calare il sipario, e tutto è per finire?

Osserviamo un poco la posizione. La cancellazione dell'ipoteca sarebbe un danno funesto, forse irreparabile. All'apparire del nuovo creditore è possibile un disordine generale di tutto il piano della graduazione, e la necessità di una violenta retrocessione. Io non credo che l'errore fosse per portare la conseguenza della nullità di tutto il giudizio. Ma le operazioni preliminari ed attuali della graduatoria, ove questo creditore fosse fra i primi iscritti, verrebbero da cima a fondo perturbate. Trattandosi di contingenze molto rare, la procedura non provvede ai metodi da tenersi: eppure le ha prevedute: deve dunque avere in sè norme sufficienti per regolarle. La ragione, coadiuvata dall'analogia (onde da ciò che ha fatto si deduce ciò che il legislatore avrebbe fatto se ci avesse pensato) dovrà trovarle queste norme.

Il giudice delegato che già dalla iscrizione rileva la posizione del nuovo arrivato, sospesa ogni cosa, gli statuisce un termine a fare le sue produzioni. Giustificando il creditore il suo diritto, lo stesso giudice delegato riforma il suo progetto, e il procedimento ritorna allo stato in cui era al tempo dell'articolo 711, nè più nè meno. Tutti gl'interessi tornano a rianimarsi in questa lotta inaspettata: quindi le disposizioni degli articoli 712 e 713 hanno perfettamente luogo. L'udienza avanti il tribunale è di nuovo fissata (articolo 716); la sentenza pronunziata si è risolta *ipso jure;* una nuova omologazione, e così di seguito tutto si rinnova, finchè saremo rientrati nell'art. 721 che ora esaminiamo. L'enorme spesa ricadrà a carico del creditore procedente che ha commesso il fallo.

Articolo 722.

Il giudice delegato, riconosciuta la regolarità delle citazioni e delle notificazioni fatte, ordina al conservatore delle ipoteche di fare le cancellazioni o riduzioni occorrenti.

Dall'ordinanza del giudice si può reclamare al tribunale nel termine di giorni quindici dalla pronunziazione, per le parti che vi furono presenti, e per le altre dalla notificazione. Il reclamo si deve nello stesso termine notificare anche al cancelliere.

Il cancelliere non può spedire al compratore copia in forma esecutiva dell'ordinanza, se non sia scaduto il detto termine senza reclamo, o con rinunzia al medesimo.

(1) *La presenza del debitore espropriato è sempre necessaria in qualunque stadio, fase o grado del giudizio di graduazione*, disse la corte di Nizza (29 febbraio 1857, Bettini, part. II, pag. 174).

Annotazioni.

1. *Parti* sono i *procuratori* in relazione all'articolo precedente.

2. *Notificazione dell'ordinanza.*

Osservate la discretiva che passa dall'articolo 437. Per ovviare alla notificazione, uopo è, secondo quell'articolo, che *tutte le parti* siano presenti alla *pubblicazione* che si fa colla lettura alla udienza. Ma ivi si tratta d'unico affare; e qui gl'interessi si considerano distinti. Ne segue che il *termine del reclamo* ha o può avere un diverso punto di partenza per i vari creditori che vogliono proporlo.

3. *Reclamo.*

È sospensivo; pel decorso di 15 giorni non si spedisce alcuna nota. Indi il cancelliere sospende la spedizione di quelle per le quali è avvisato esistere il reclamo. Ciò emerge dal testo. Ma qui bisogna distinguer bene e fermare un momento l'attenzione.

Il reclamo può essere *parziale* o *complessivo*. Il reclamo è complessivo, o *pel suo oggetto*, o *per le conseguenze*. Supponiamo sia interposto dal debitore. Il debitore crede che la portata della liquidazione sia eccessiva per i singoli o per la maggior parte dei creditori, onde nasce ch'egli perde la speranza di quel residuo che dovrebbe ricadere a suo profitto. Il giudice, per esempio, adottò una massima che si crede erronea rapporto alla misura degli interessi: caso non infrequente. Ma la complessità può venire *di conseguenza*. Un creditore anteriore si reputa leso mentre non gli fu tenuto conto di una massa di arretrati ai quali stima estendersi la sua iscrizione. I creditori posteriori potrebbero anche rimanersi digiuni, se la sua pretensione è vera. Fra l'appello (articolo 717) e il reclamo è nota la differenza: quello, interposto dalla sentenza di omologazione, contende la esistenza del titolo, del credito, dell'anteriorità e grado; questo non versa che sulla portata del credito, sulla sua estensione e sulla somma. Nondimeno, per la premessa considerazione, il cancelliere si trova in una posizione analoga, e difficilmente (poichè ciò sarebbe sotto la sua responsabilità) rilascierà i mandati di pagamenti di fronte ad un reclamo che renda incerto lo stato dei posteriori, prescindendo dalla cautela che dovrà sempre avere di accertarsi delle notificazioni.

Il secondo capoverso provvede anche alla posizione del conservatore. Ma questo disposto ha un carattere più assoluto. *Basta la interposizione del reclamo* onde sia sospesa al compratore la *spedizione dell'ordinanza* che importa la cancellazione delle ipoteche. Se non che, provandosi che il reclamo non può offendere creditori di grado anteriore, e che questi sono pagati, il compratore potrà fare istanza al *presidente*, cui è portato il reclamo, e ottenere ordine speciale di cancellazione.

La forma del reclamo è semplice. I creditori coi quali si contende, i creditori interessati, devono citarsi nella persona dei loro procuratori. Se il debitore non ha costituito procuratore, ha luogo il disposto dell'art. 695, capoverso secondo. Non è termine fissato alla citazione, poichè deve segnarsi l'udienza dal presidente.

Articolo 723.

Quando il compratore senza attendere l'esito del giudizio di graduazione voglia liberarsi dal pagamento degli interessi sul prezzo della vendita, può chiedere, e il tribunale, sulla relazione del giudice delegato, ordinare che il detto prezzo sia pagato ai creditori privilegiati o ipotecari evidentemente anteriori e certi.

Questi creditori devono obbligarsi per atto ricevuto dal cancelliere, con cauzione o senza, secondo che sia ordinato dal tribunale, di restituire ogni cosa a norma della sentenza definitiva sullo stato di graduazione.

Annotazioni.

1. Non è qui dichiarato in qual momento della procedura il compratore possa valersi della facoltà. Non prima certamente che il giudice delegato abbia raccolte tutte le giustificazioni che i creditori devono presentare. Non prima adunque che siano decorsi trenta giorni che si assegnano dal tribunale che ordina la vendita (articolo 666, n. 5). Quantunque altri creditori possano comparire in seguito (articolo 713) e sommuovere il disegno del giudice delegato, la legge si è messa in guardia colla duplice cautela: 1° che a giu-

dizio del tribunale l'anteriorità e certezza sia *evidente;* 2° la evidenza non risultando dallo stato presente, *colla cauzione* si provvederà al pericolo di una mutazione, più o meno remoto.

2. *Degl'interessi del prezzo.*

a) Con tale pagamento potrà il compratore esonerarsi dagl'interessi? È difficile il negarlo se il credito presuntivamente anteriore non abbracci la somma del prezzo. Tuttavia quando il compratore si contenti di un esonero parziale, che deve credersi ragguardevole, non gli potrà esser negato.

b) Il caso, che non pareva probabile, si avvera. Dopo un tempo abbastanza protratto, i creditori creduti anteriori, già pagati, sono vinti; anzi è provato che non erano neppur creditori. Restituiscono al compratore il prezzo, o quella parte di prezzo che ne avevano imborsato, ond'egli lo versi ai veri creditori. *Che sarà mai degl'interessi?* Il compratore deve corrisponderli: è chiaro che i pretesi creditori divenuti debitori della restituzione, dovranno a loro volta pagarli. Rispetto al compratore è semplicemente una indennità.

c) Degl'interessi dei crediti utilmente collocati, oltre quelli portati dalla iscrizione; e del modo della distribuzione.

Pongo il caso che trovo negli scrittori. Le questioni della graduazione hanno durato cinque anni: che non è poi una cosa inaudita. Ai due anni d'interessi compresi nella iscrizione, se ne aggiungono altri tre dei quali appunto facciamo discorso.

A parte la questione ipotecaria che non ci riguarda, e ritenuto che gl'interessi accessorii del capitale iscritto sono limitati, ci bisogna tener conto del momento *nel quale cessano gli interessi del credito e cominciano quelli del prezzo.* Troplong spiega chiaramente la situazione in questo modo: « S'il y a eu vente « de l'immeuble par expropriation, il est clair « que lors de la collocation *il n'y a plus d'in-« térêts courants dans le sens de l'article* 2151 « (Codice civile francese). Sans doute il est « toujours dû des intérêts jusqu'à parfait « payement, mais ce ne sont plus ceux que « cet article a voulu restreindre pour forcer « les créanciers à être diligents; *un fait nou-« veau est venu à modifier la position des par-« ties;* entre les créanciers et leur débiteur « dont l'insolvibilité est suffisamment prouvée « par l'expropriation, et contre lequel toute « poursuite en payement d'intérêts était vaine, « est venu s'interposer l'adjudicataire qui est « devenu débiteur personnel et utile des inté-« rêts; *alors du chef de ce adjudicataire com-« mence un nouveau période d'intérêts* », onde l'articolo 2151 si rendeva inapplicabile (*Des hypothèques*, t. II, pag. 698, num. 2). La conseguenza che l'illustre autore ne conduce più avanti, e che noi pare abbiamo per definitiva, è questa, che l'articolo suddetto, al quale noi surroghiamo il nostro articolo 2010 del Codice civile italiano, non concerne che gl'interessi dei capitali *maturati prima dell'aggiudicazione o delibera:* dottrina già insegnata da Merlin (v° *Inscription*, quest. du droit), e che nel mondo giuridico aveva acquistata l'autorità di una teorica di Bartolo.

Malgrado il contrario avviso di Delvincourt (tom. VIII, pag. 129) io veggo la comune dei giuristi, specialmente dedicati al diritto giudiziario, e le decisioni delle corti, confermare l'idea di Merlin. Oltre moltissime decisioni di corti d'appello, due magistrali sentenze si portano della cassazione di Francia (27 maggio 1816, e 14 novembre 1827), la seconda delle quali è nel termini più precisi; e la stessa opinione professano Carré e il suo illustratore (articolo 767, quest. 2601); Favard de Langlade (tom. IV, pag. 66); Berriat (tom. II, pag. 621); e fra le nostre possono contarsi la sentenza 16 marzo 1858 della corte di Torino (Bettini, part. II, pag. 366), di Casale, 27 gennaio 1854 (Bettini, part. II, p. 89), che svolgo accuratamente la identica tesi.

La sentenza di vendita (articolo 685) che riconosce e autentica la posizione del compratore giudiziale, che gli dà il possesso dei beni, segna questo punto di decorrenza degli interessi del prezzo; chiude per conseguente quella degli interessi dei capitali dacchè l'ipoteca rimane inattiva per avere prodotto il suo effetto.

Quanto alla distribuzione di codesti interessi a favore dei creditori graduati, è da ritenersi la dottrina del Tarrible che fa l'ipotesi dei cinque anni. Ove per cinque *anni*, egli dice, si prolungassero le contestazioni « les inté-« rêts courus pendant ces cinq années du re-« tard, quoique excédant la mesure ordinaire, « quoique dépourvus de l'inscription primitive « et de toute inscription particulière et ulté-« rieure, *n'en seraient moins alloués en entier « sur la masse hypothécaire, à profit des créan-« ciers utilement colloqués...* » (*Nouv. Répert.*, pag. 679).

La gerarchia delle collocazioni è dunque conservata per gli accessorii eziandio, che sono gl'interessi che quantunque dovuti per un titolo nuovo, secondo l'avvertenza di Troplong, non seguono meno la loro causa, cioè il credito; e in relazione alla loro entità e grado

gl'interessi vanno distribuiti, restando la peggio per gli ultimi, com'è naturale (1).

d) Se i creditori graduati sul prezzo riscuotano gl'interessi eziandiochè i loro capitali non siano fruttiferi.

Risposta affermativa. È conseguenza della premessa teoria che gl'interessi si corrispondono non in quanto i crediti rendano frutto in virtù della loro originaria stipulazione, ma perchè ne corre obbligo al compratore che ritiene il prezzo. Consumata l'espropriazione, tutti i debiti del fondo sono scaduti, e diventano a un tratto esigibili. Se le operazioni della graduatoria richiedono tempo, non è men vera questa situazione di diritto. Tale esigibilità di diritto legittima la percezione degli interessi.

e) Del punto in cui cessano gli interessi del prezzo.

L'articolo 767 del Codice di procedura francese lo definisce. Previste le contestazioni, anche in appello, quindici giorni dopo la sentenza, il giudice delegato si accinge alla *spedizione delle note*, e da quel momento cessano gl'interessi del prezzo. Già si ammette che un certo tempo decorre di necessario ritardo a preparare e spedire i mandati; e ciò non fa ostacolo, si trova giusto. È questa la teoria seguita in Francia (Carré, quest. 2603).

Non s'incontra disposizione simile nel nostro Codice. Anzi dai diversi articoli nei quali si fa ricordo degli interessi del prezzo, si può desumere che dovranno correre sino all'effettivo pagamento. Così l'art. 719, il presente 723 e quello che viene appresso. Può evitarsi ogni urto ed ogni bisogno di altre liquidazioni, quante volte la nota di collocazione dell'ultimo graduato, che per sorte non venisse interamente coperta, portasse che a lui si paghino le ulteriori rimanenze degli interessi in corso sino a una somma determinata. È chiaro che il di più o si dovrebbe al ceto dei chirografari, o allo spropriato. Bisogna anche ritenere questo principio, che il compratore non paga gli interessi ai *singoli*, ma alla massa; e soltanto diviene debitore dei singoli dopo l'ordine distributivo ingiunto dal magistrato.

Del resto, altro è che il compratore debba rispondere gl'interessi sino al giorno del rispettivo pagamento, altro è che i creditori ai quali furono consegnate le note, quai titoli esecutivi, possano ancora aumentare l'importo delle rispettive collocazioni. Ho già detto che l'ulteriore importo degl'interessi accrescerebbe o all ultimo collocato che non venisse integralmente soddisfatto, o ricadrebbe all'ordine dei chirografari e al debitore (2).

Ma questo s'intende semprechè nei cinque giorni (articolo 718) il creditore che notificò il suo titolo venga soddisfatto.

E qui possono farsi varie ipotesi. Che osti al pagamento l'appello; formasi d'allora in poi un nuovo cumulo d'interessi, che, cessato l'ostacolo, sarà distribuito con nuova ordinanza del giudice delegato. Se invece si procede alla *rivendita*, non abbiamo più gl'interessi del prezzo, perchè non abbiamo più il compratore, che invece deve sottostare alle disastrose conseguenze della rivendita.

3. *Delle spese.*

Altra causa per cui gli ultimi graduati arrischiano di essere defraudati, come dell'aumento sperabile dagli interessi del prezzo, così della sostanza stessa del credito, ell'è la massa delle spese delle quali bisogna tener conto nella liquidazione per cui si vengono pure accertando gl'interessi dovuti dal compratore, fatta a ciascun creditore la debita parte. Le *spese del giudizio di graduazione*, come quelle che sono fatte nell'interesse comune, precedono ogni credito; le spese delle singole collocazioni vanno invece col grado del credito: i creditori meno anziani di posto potrebbero aver perdute anche le spese; niuno invero può chiamarsi utilmente collocato se non dopo la liquidazione.

Articolo 724.

Quando il giudizio di graduazione sia protratto oltre un anno, il tribunale può, sull'istanza di qualunque interessato, ordinare il pagamento del prezzo, o

(1) In quella guisa che il prezzo corrisponde al totale graduato, così può dirsi che gli interessi del prezzo stanno in rapporto dei singoli crediti. Ma non è sempre del tutto vero. Togliendosi dal prezzo anche gli accessorii delle relative iscrizioni, gli interessi arretrati che vengono col capitale possono tanto sottrarre dal dividendo, che gli ultimi creditori rimangano insoluti di tutto o di parte degli interessi che di ragione dovrebbero percepire.

(2) Si può dichiarare nel bando venale che il compratore non dovrà pagare gli interessi? Nella giurisdizione francese ciò venne ammesso; ma io credo che presso di noi tale enunciazione non avrebbe valore: sarebbe evidentemente dannosa al debitore e ai creditori posteriori che non potrebbero esser tenuti a questa specie di convenzione, che non è opera loro, e sarebbe contrario ai principii di diritto.

soltanto degli interessi scaduti ai creditori evidentemente anteriori e certi, con le cautele sopraindicate, oppure un impiego fruttifero, e può anche ordinarne il deposito nella cassa dei depositi giudiziali, citato in ogni caso il compratore.

Annotazioni.

1. L'ordinaria diuturnità dei giudizi di graduazione ha fatto pensare a qualche altro rimedio oltre quello del precedente articolo che riguarda specialmente il debitore del prezzo. Le poche considerazioni che veniamo a fare hanno un certo rapporto con amendue gli articoli, consigliati da una consimile condizione di cose.

2. Occupiamoci ancora un momento del compratore.

Se il compratore possa essere in verun caso autorizzato a depositare il prezzo.

Sarebbe una singolare posizione quella del compratore, ove non potesse dal canto suo liberarsi dall'incomodo di custodire, a suo rischio e pericolo, la somma del prezzo per tutto quel tempo che può durare una graduatoria colle contestazioni che suole produrre, e non gli bastasse che lo scarso rimedio portogli dall'articolo 723. Tutto il disegno della graduatoria potrebb'esser messo in contrasto, come già feci notare commentando quell'articolo; o i creditori anteriori certi, potrebbero essere di così esiguo avere che non valesse la pena. In questo proposito Chauveau ha detto: « Il est « d'abord évident que l'adjudicataire ne peut, « du moment de la clôture de l'ordre, être « forcé de garder le prix de l'adjudication; « ce prix est désormais dans ses mains un ca- « pital improductif, puisque les créanciers « sont en droit d'en reclamer le montant dans « le plus brief délai, sous peine de revente par « telle enchère; *il faut donc qu'il soit lui per- « mis de le consigner* » (all'articolo 767, questione 2601 bis). Qui l'autore memora il tempo lungo che suol trascorrere, e che durante il giudizio di appellazione il compratore dovrebbe sempre rimanere sotto questo giogo pesante.

Alla conclusione adottata dal Chauveau, ch'era poi anche quella dei due Persil, di Pigeau, e aggiungasi pure quella della giurisprudenza, si obbiettava l'articolo 771, al quale il nostro 717, capoverso 3°, perfettamente risponde: le note di collocazione essere titoli esecutivi *contro il compratore.* Fu bene avvertito, secondo me, che l'uno non esclude l'altro; che il legislatore osservò il caso ordinario, provvide per quello stato di cose, ma non volle privare il compratore di sì naturale e, per usare l'epiteto di Chauveau, *evidente* diritto.

Ma la legislazione francese, lasciando il compratore senza rimedio, autorizzava in tutta la sua estensione il supplemento razionale; ora vi ha forte ragione di dubitare. Pare che la nostra legge faccia speciale assegnamento su quell'accrescimento di valore che è prodotto dagli interessi del prezzo; il modo di liberazione da essa adottato sia tassativamente quello che offre l'articolo 723. Insufficiente, noi diciamo: ma questo riflesso non ci varrebbe gran fatto se tale fosse il volore della legge.

Il dubbio grave si attenua da un'opposta considerazione. La *cassa* che chiamiamo *dei depositi giudiziali* ha per iscopo di conservare i depositi rendendoli fruttiferi, come prova l'articolo 677. In questo monte si depone pur anco il prezzo dei frutti annessi all'immobile (articolo 688). Nondimeno, non potendo io persuadermi che il compratore non abbia giammai la facoltà del deposito, tengo che di fronte al disposto dell'articolo 723 si debba procedere assai cautamente, e non possa statuirsi propriamente una regola, ma sia un provvedimento di circostanza e dipenda dal fatto. I creditori hanno certissimo diritto, come notai altrove, di obbligare il compratore al deposito del prezzo, in caso di dimostrato pericolo; il compratore non dovrà soffrire un trattamento affatto contrario. Se nulla fosse dell'applicare con suo reale profitto la concessione dell'articolo 723, se intanto i giudizi si prolungassero, io sento talmente l'equità della sua domanda, che non mi dà l'animo di sopporre che sarebbe respinta.

Non escludo altro modo d'investimento o impiego fruttifero e sicuro della somma che il compratore potrebbe proporre: e il tribunale, col consenso o no dei creditori, approvare.

3. La provvida disposizione dell'articolo 714 giunge opportuna ad avvalorare le nostre precedenti considerazioni rispetto al compratore. Intanto qui è posto mente all'incongruo prolungarsi della vertenza; e nell'insieme si formola una facoltà, che in un modo o nell'altro, giusta il calcolo della prudenza, potrà adoperarsi dal senno dei giudici, nell'interesse dei creditori.

SEZIONE III.

Dell'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione.

Articolo 725.

L'appello dalle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione si deve proporre nei quindici giorni dalla notificazione di esse ai procuratori, e dalla pubblicazione riguardo ai contumaci.

L'atto di appello deve notificarsi ai procuratori delle parti, le cui collocazioni si contestino, e al debitore a norma dell'articolo 695, con citazione a comparire davanti la corte entro il termine di giorni dieci.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo capoverso dell'articolo 703.

Annotazioni.

1. *Appellabilità.*

Tutte le sentenze che si pronunciano in un giudizio di graduazione sono forse appellabili?

L'articolo 725 non arreca distinzioni; nondimeno è riflessibile che lo scopo dell'articolo è semplicemente quello di stabilire la *modalità* dell'appello, ed è ben lontano dell'esprimere che *tutte* le sentenze che si pronunziano in un giudizio di graduazione siano appellabili. Sia lecito adunque il distinguere, e dedurre argomento dell'articolo 702.

Le sentenze propriamente relative alla graduazione sono quelle che riguardano l'oggetto della graduazione medesima. Senza dubbio le più elevate e difficili questioni possono in tale processo introdursi, intorno alle quali non si doveva far distinzione.

La sentenza che contiene tutta la importanza della lite, è certamente quella di omologazione nella quale vengono a fondersi le controversie preparatorie e subalterne che per avventura siano insorte sulle operazioni del giudice delegato. La tessitura del giudizio è tale che non occorre tampoco venir sollevando reclami dalle varie determinazioni, anche meno rette, del giudice delegato, mentre il generale dibattimento che viene a portarsi al tribunale, tutte le comprende. Ma le questioni non sono finite. Quelle che sgorgano dal successivo processo di liquidazione, dalla valutazione dei crediti, dal calcolo degli interessi e degli accessorii, onde si muovono o possono muoversi tenaci e sottili quesiti, hanno pur esso la loro gravità. È costante il principio, che il più pronto e naturale rimedio ai falli del giudice delegato è il *reclamo* al tribunale; ed è dalle sentenze del tribunale che s'interpone l'appello.

Ma che? Non verrà forse il caso di pronunziare sentenze del carattere di quelle che per l'articolo 702 sono inappellabili? Notiamone alcune. Il giudice delegato *nomina il perito* (articolo 717). Contro tale ordinanza il reclamo è pure possibile, io ritengo. Mi occorse osservare sull'articolo 717, che il perito può ben essere ricusato, o così passare anche al collegio la questione, ma non oltre. La *domanda di surrogazione* (articolo 702, num. 2) può aver luogo in siffatti giudizi, se il creditore investito della procedura si rimane inattivo. *Eccezioni di nullità* (articolo suddetto, num. 3) possono presentarsi perchè si presentano dappertutto; la sentenza che le decide sarà appellabile? Io non le potrei ammettere. Non dissimulo che il silenzio della legge mi è duro, ma sono tratto da una forte convinzione *a ritenere l'applicazione dell'articolo 702 dove sia possibile*. Io trovo uguale ragione di decidere, lasciando stare che siamo in una specie eccezionale di appello che ha lo stesso carattere e la stessa forma. Ma più mi preme il considerare, che se tali pronunciati fossero appellabili, l'economia dei giudizi d'ordine sarebbe al tutto sconvolta, e la legge sarebbe in certo modo in contraddizione con se stessa. Imperocchè qual è mai lo scopo finale dei giudizi di espropriazione se non il soddisfacimento dei creditori? Se le incongrue sospensioni che non hanno causa giuridica proporzionata, e sarebbero troppo frequenti per es-

sere tollerate, si vogliono rimosse dal giudizio di espropriazione, la cui celerità è un vero e reale bisogno della giustizia, io non saprei vedere come questo spirito della nostra legislazione sia venuto a mancare nel momento in cui si tratta dell'effetto, e di raccogliere il frutto di sì lunga fatica.

2. *Della notificazione della sentenza e del termine dell'appello.*

a) Il termine decorre dalla *notificazione ai procuratori* per le parti comparse nel giudizio d'ordine. Se alcuno appelli prima di attendere la notificazione della sentenza di omologazione, o il suo appello fu trovato irregolare, è stato più volte deciso ch'esso può di nuovo interporre appello dopo la notificazione: principio oggidì affatto fuori di questione. Così pure sotto legge identica è stato deciso che se la sentenza di omologazione fu notificata *alla parte, anzichè al procuratore*, il termine dell'appello non decorre (corte di Chambéry, 2 febbraio 1856, Bettini, tom. II, pag. 207). Similmente se per altro motivo la notifica fosse irregolare, ad esempio, non dichiarando la relazione ad istanza di chi fosse dall'usciere eseguita (1) (corte di Torino, 10 agosto 1857. *Commentario al Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 612).

b) Intorno alle quali conclusioni può nascere un dubbio che non è di lieve momento in procedura. *Non potrà eseguirsi alla stessa parte quella intimazione che può farsi al procuratore?* Anzi non è forse meglio adempito in quel modo allo scopo della legge che è di far pervenire più sicuramente l'atto nelle mani di colui che è il vero e solo interessato nella causa? La notifica diretta al procuratore sembra additarsi piuttosto a comodo del notificante, che può ben rinunziare al favore che gli fa la legge.

Volgendo lo sguardo al sistema, questa combinazione si presenta in tre aspetti diversi: 1° la notificazione alla parte si ritiene più favorevole e prevalente a quella che può farsi al procuratore. Prescindendo dall'atto di citazione introduttiva che si manda sempre alla parte, questo concetto si manifesta nella notificazione della sentenza, che fatta al procuratore si ritiene meno utile, e si deve subire per non aver adempito a qualche prescrizione di legge (articolo 367); 2° la notifica al procuratore è fatta nell'interesse delle parti, in guisa che eseguita nella stessa parte sarebbe meno utile (articolo 234). In ciò la legge ha un fine riguardante l'istruzione della causa, dal quale non è lecito deviare; 3° la notifica al procuratore, anzichè alla parte, può dirsi un metodo di abbreviazione, in quei giudizi di cui proprio e naturale requisito è la celerità, dove son brevi gli indugi, e dove anche il giudizio d'appello è tenuto nei termini più ristretti possibili; sicchè non sia mestieri di aggiungere atti, spese e tempo per rinnovare le costituzioni dei procuratori. Ed ecco il caso nostro, che è quello eziandio dell'articolo 695. Posto che questo modo è parte dell'organismo e del tessuto sostanziale della procedura esecutiva, è vano il credere che vi si possa impunemente supplire, adducendo per ragione che la notifica fatta direttamente alla parte è più favorevole.

È conseguenza di tutto questo che il procuratore costituito in prima istanza si ritiene investito di facoltà anche per la seconda.

c) *Pei contumaci il termine decorre dalla pubblicazione.* La pubblicazione della sentenza è definita nell'articolo 366. Ne segue che i contumaci non hanno diritto a notifica di nessuna sorta. Che abbiano facoltà di comparire in appello, lo dice chiaro questo medesimo testo che largisce anche ad essi lo stesso termine: ma se furono negligenti, siano ora diligenti al segno da informarsi del giorno della pubblicazione della sentenza, che del resto è tradizione dei precedenti codici sardi. Perchè mai i contumaci sono trattati altrove con riguardo quasi rispettoso (art. 385, capov. 2), e qui sono così duramente negletti? Veramente non lo saprei dire: ma forse perchè già tanti furono gli argomenti della pubblicità nel processo di spropriazione, tanti furono gl'inviti, e sì lungo tempo è trascorso che la pazienza della legge si può dire esaurita.

d) *Se sia necessario denunciare la sentenza al debitore.*

Anche il debitore può appellare; ma se non ha costituito procuratore, egli pure si considera contumace; e dovrà misurare il termine della *pubblicazione* della sentenza.

e) *Che dire dei creditori di sott'ordine* (articolo 715) *e dei chirografari ammessi a partecipare il prezzo residuale?*

Niun dubbio ch'essi possano interporre appello; se dunque il creditore a cui deve premere di finire questa lunga noia, notificherà anche ad essi la sentenza, restringerà loro il tempo e li obbligherà a decidersi.

Del resto non saranno citati in appello se

(1) Vedi articolo 368.

non si tratti di contendere a loro pregiudizio; salvo il danno che il creditore appellante può fare a se stesso per non averli citati, facendo passare in giudicato quella parte di sentenza che li riguarda.

f) Se la decorrenza del termine sia uniforme per tutti i notificati.

Non è una questione, ma giova rammentare la regola. Il termine corre uguale al notificante e al notificato. Il principio è stabilito nell'articolo 43. Il creditore procedente, continuando la sua marcia, può far notificare la sentenza a tutti gl'interessati: ciò è fuor di dubbio (1), anzi è nel diritto di ogni creditore, perchè facendo il proprio fa l'interesse di tutti, non come tacito mandatario, ma per l'interesse ch'egli stesso ha d'affrettare la risoluzione del giudizio. Ma la notificazione rispetto ai notificati, è atto singolare: la decorrenza del termine d'appello diversifica quanto diverso è il giorno della notificazione.

3. *Citazione in appello.*

a) Estesa a tutti i creditori comparsi nel giudizio, avvegnachè le collocazioni di alcuni di essi non fossero contestate, sarebbe un superfluo dannoso all'intimante, ma non porterebbe nullità. Egli si esporrebbe a rifondere un cumulo di spese che può ben risparmiare. La legge, come deve, si restringe a ciò che è necessario a farsi, senzachè l'appello si renderebbe irricevibile.

Ciò in principio, ma bisogna tenere in vista alcune cose. È vero che la legge sembra limitare l'obbligo della citazione d'appello *ai procuratori di quelle parti le cui collocazioni si contestino*, ma è molto facile a vedersi che *tutti i creditori posteriori* devono esser citati, essendo minacciata o messa in dubbio la loro posizione dall'intervento di un nuovo creditore che aspira di surrogarsi a qualche altro che occupa un posto relativamente anteriore, o intenda di spingerlo nei gradi inferiori, o venga a diminuire coll'aggiunta del suo credito il dividendo agli ultimi graduati. Ebbi occasione di avvertire in altro luogo, che un giudizio di graduatoria suole considerarsi come un *quid* giuridicamente individuo, e quasi un ente complesso: e ciò vuole affermarsi principalmente in fatto di graduazione sul prezzo di un immobile, polchè se divisibile è il prezzo, i rapporti ipotecari si consertano talmente in un tutto armonico e in una scala progrediente, che non potrebbero saltuariamente definirsi. Quindi non varrebbe il dire che il non citato si rimane nella sua posizione sicuro, e la sentenza, quanto a lui, passa in giudicato, mentre il creditore, respinto da migliore a deterior grado, non potrebbe più ricevere la collocazione che gli pertiene, incontrandosi con un creditore posteriore che ha acquistata una posizione inviolabile. In mezzo a questo disordine, la stessa cancellazione delle iscrizioni non sarebbe effettuabile (vedi Chauveau in Carré, quest. 2592 bis).

Guardiamoci nonostante dall'indeterminato. In qualche caso, secondo le circostanze del fatto, si troverà che non era necessario l'intervento dei posteriori, o di alcuno di essi.

Aggiungo che quantunque l'articolo 469, capoverso, sia scritto per gli appelli ordinari, potrà anche aver luogo la *integrazione*; però, a mio credere, prima della udienza, o per rinvio che si ottenga a questo effetto.

b) Il *creditore istante* è sempre citato. Così il capoverso 2 dell'articolo 703, al quale siamo rimessi. Si domanda *se a pena di decadenza.*

È osservazione importante essere ciò stato espressamente sancito nell'articolo 859, capoverso 2 del Codice del 1859: sanzione non riprodotta nell'attuale. È inoltre riflessibile che l'articolo 707, condensatore delle nullità degli atti d'espropriazione, non fa motto dell'articolo 703. D altro lato il creditore istante ha una speciale missione e il dovere di presentare i documenti del primo giudizio, senza limitazione. Tuttavia la non produzione non fa cadere il giudizio d'appello (contro quello che è cauto altrove, articolo 489), ma si risolve in *un'azione di danni* contro lo stesso creditore, che dopo la ingiunzione del magistrato non produsse quelle carte.

In quest'ambiguità, di fronte alla questione gravissima di decadenza e in presenza di leggi che non la pronunziano, è d'uopo procedere con qualche distinzione. Se la citazione del

(1) Eppure se ne disputò fra gli scrittori della materia. Parve ad alcuni di vedere che il creditore procedente esercitasse con ciò una specie di *mandato legale* per gli altri creditori che non gli può essere accordato, arrogandosi egli in certo modo di far decorrere il termine dell'appello per tutti; invece la notificazione dovrebbe essere reciproca. Obbiezione inetta! Soprattutto prevalse il riflettere che il creditore non fa che attuare un diritto suo proprio, nascente dalla sentenza che ha riportata; *e che rapporto ai ritardatari in un giudizio d'ordine*, che impediscono agli altri di toccare il loro danaro, *la sentenza include una condanna* (Pigeau, *Commentaire*, tom. II, pag. 240; Favard de Langlade, t. 4, pag. 66, ecc.). La giurisprudenza è conforme nei risultati; poco importa il motivo determinante.

creditore istante è necessaria *per essere uno di quelli di cui si contesta il credito* o *la posizione d'ordine;* è una irregolorità il non averlo citato ma viene in soccorso il mite disposto dell'articolo 469 e si farebbe luogo alla integrazione del giudizio secondo quell'articolo. Se il creditore istante non fosse parte necessaria, l'appellante che mancò di citarlo, dovrebb'egli stesso incaricarsi *di produrre i documenti del primo giudizio;* e ciò non eseguendo, l'effetto sarà la decadenza per una giusta applicazione dell'articolo 489; mentre l'appellante non si libero da questa necessità del giudizio d'appello, se non citando il creditore istante, e lasciando così pesare totalmente sopra lui una obbligazione che in quel caso si risolve in un'emenda di danni. Ma se lo stesso appellante produce tutto l'apparecchio degli atti, se il creditore procedente rimanesse fuori di contesa, l'inosservanza dell'art. 703 non porterebbe sino alla decadenza.

c) Mentre altre volte si è dubitato, e presso noi e in Francia, se la citazione d'appello in questi giudizi dovesse contenere tutti i requisiti sostanziali della citazione per gli appelli ordinari, oggidì ogni dubbio è tolto nella giurisprudenza (*Commentario al Codice civile*, tom. V, pag. 615); e s'intende compatibilmente colle specialità di questo rito eccezionale.

4. *Del termine della citazione in appello.*

Se perentorio è il termine a proporre l'appello, diremo essere ugualmente perentorio quello *di giorni dieci* assegnato alla comparsa dei citati?

Nel caso presente *perentorio* starebbe a significare *assoluto*, invariabile. Che non possa il termine esser minore di giorni dieci, noi lo crediamo fermamente; ma se il termine che corre dalla notificazione dell'appello alla udienza sia maggiore, non avrebbe sicuro fondamento il dire che la citazione è nulla, coll'effetto di annullare lo stesso otto di appellazione poichè d'ordinario mancherebbe il tempo a rinnovarlo. Il disposto dell'art. 466 assicura la prima proposizione; ma l'altra sarebbe invece combattuta dalla regola stabilita nell'articolo 56. Sarebbe assurdo che non essendo il decimo, o quello che segue, giorno d'udienza, l'appellante anche senza colpa propria, per un fatto accidentale, dovesse subire la decadenza. Del resto è probabile che i citati non abbiano interesse per oppugnare l'assegnazione di un termine maggiore dei dieci giorni che torna a comodo della loro difesa. Quindi se anche nella citazione questo maggior termine si vedesse accordato, benchè irregolare, l'atto non potrebbe dirsi nullo; e se ai citati preme di affrettare la discussione, anticipando le loro comparizioni, potrebbero ottenere, per quanto lo stato degli atti il permettesse, la fissazione di una udienza meno lontana. Vi ha forse qualche ragione d'ordine pubblico per cui non si possa in veruna guisa derogare a questa prescrizione della legge? Senza dubbio l'interesse della celerità nei giudizi esecutivi determina un gran numero di ordinamenti eccezionali, tuttovia converrà sempre distinguere ciò che è caratteristico a una data specie di giudizio da quello che non può considerarsi se non accidentale, che non ne immuta nella sostanza il carattere.

La più forte opposizione che potrebbe farsi per giustificare il rigore dell'applicazione letterale, sarebbe questo: che indulgendo all'appellante questa facoltà, si verrebbe a rendere illusoria la principale e severa disposizione dell'articolo 725 che proscrive il termine di quindici giorni ad appellare, imperocchè il tempo che fa difetto all'appellante da questa parte, egli verrebbe a guadagnarlo colla indebita protrazione del termine a comparire che, dei combinati disposti degli articoli 489 e 158 darebbe a lui stesso larga comodità di produrre i suoi atti e di proporre la causa. Non è maraviglia se rimpetto a questo riflesso gravissimo, uomini di grave esperienza abbiano esitato, e ritenuto precettivo e di rigore il termine dei dieci giorni (1). Riconoscendo tutto il valore degli argomenti sopra esposti, e trovando inclinare in questo senso la giurisprudenza, accetto questa decisione più mite; purchè sia senz'abuso, con buona fede, e senza visibile intento di defraudare la legge.

5. *Del procedimento in appello.*

d) Il procedimento è sommario; ma se

(1) Sentenze che ritengono di rigore il termine: corte di cassazione di Torino, 22 dicembre 1868 (*Annali di giurisprudenza italiana*, vol. II, I, 314); 20 gennaio 1870 e 1° aprile 1871 (ivi, 1871, I, 148); 22 dicembre 1871. In generale le corti d'appello si sono pronunciate per la interpretazione più benigna. Corte d'appello di Lucca, 19 novembre 1869 e 12 settembre 1871 (ivi, vol. III, II, 518 e vol. VI, II, 168); di Firenze (vol. III, II, pag. 42 e 432); di Parma, vol. II, II, 481; di Macerata (vol. II, 664); di Brescia (ivi, vol. II, II, 281, e vol. II, II, 353); la corte di cassazione di Torino, 6 dicembre 1867 (ivi, vol. I, I, 402); 22 novembre 1872 (vol. VI, I, pag. 370); la corte di cassazione di Firenze nell'aprile 1873 in causa Magrini e Ciuti.

nell'attitazione si fosse preso l'indirizzo del formale, il giudizio non sarebbe annullabile in cassazione se i creditori che avevano interesse di mantenere la forma più rapida e compendiosa istituita dalla legge, non avessero elevata opposizione. In materia di procedimento abbiamo lungamente discusso non essere imposta all'uso promiscuo sanzione di nullità; come non suol esser mai allorchè i giudici hanno nell'ordinario loro ministero la facoltà di moderare l'abuso. Se il primo momento che concerne il termine ad introdurre l'appellazione è perentorio, e il secondo che riguarda il termine a comparire, generalmente parlando, non è assoluto, il terzo momento che è la discussione e lo svolgimento del giudizio, si considera pure distinto, e non influito sostanzialmente dalle due prescrizioni precedenti. Ma regnando in questa parte del Codice la disposizione dell'articolo 573 una volta che si opponga la regola da esso proclamata, e si domandi il processo sommario; il tribunale è in dovere di accogliere la istanza e manca di facoltà per preferire il metodo formale. In tal caso violerebbe la legge. E quantunque non sia legge d'ordine pubblico, talchè il tribunale sia tenuto d'ufficio a proscrivere il procedimento formale; tuttavia ne ha la facoltà. Colle quali distinzioni procedendo, sembra che la parola e ad un tempo è lo spirito della legge, ottengano la dovuta osservanza.

Del resto il giudizio di graduazione è a considerarsi come necessario complemento di quello di spropriazione in quanto è destinato a liquidare i diritti dei creditori sul prezzo e a distribuirlo; vale dire, condurre a quel soddisfacimento che fu la meta e il fine che i creditori si proposero alienando forzatamente i beni del debitore. Se ciò è vero, si comprende la importanza del procedere sommario che la legge statuisce per regola alle controversie d'esecuzione (articolo 573) mettendo in armonia tutte le parti del sistema esecutivo, in guisa che il movimento, accelerato per quanto sia possibile, serbi le sue congrue applicazioni anche nel giudizio d'appello nel quale si continua la trattazione.

Ma la citazione d'appello deve assegnare alla comparsa dei citati il termine di giorni dieci, e da tale ingiunzione si vede scaturire il procedimento formale! Così una sentenza della corte d'appello di Napoli dell'11 aprile 1866 (causa Diana-De-Luca). In certo modo il procedimento sommario sarebbe condannato.

Meglio ha fatto la corte di Bologna desumendo dai rapporti che collo sviluppo del processo esecutivo ha il giudizio di graduatoria, l'intrinseca natura di questo medesimo giudizio in quel complesso che fu nelle vedute del legislatore (1). Gli elementi dello stato di graduazione cominciano a raccogliersi dopo il bando nel termine fissato dall'articolo 709 senza citazione, e l'esame dei titoli e la formazione dello stato prosegue per intero lavoro del magistrato sino al punto in cui, ordinato il progetto, sono invitati con avviso del cancelliere gl'interessati a prenderne cognizione, a fare osservazioni e proporre eccezioni ed istanze nel giorno ed ora fissati dal giudice (art. 712). Nel processo verbale s'indica la udienza nella quale l'affare sarà portato al tribunale. E nella stessa udienza il tribunale pronuncia colle norme stabilite nell'art. 716. Tutto ciò è ben semplice e risente il bisogno che si ha di procedere celeremente, non lasciando, a dir così, alcun vuoto, alcune sospensioni di mezzo e accumulando in una sola decisione i moltiplici ordinamenti che la qualità del giudizio richiede. Il giudizio sommario è già espresso in questa forma; solenne applicazione del principio determinato nell'articolo 573.

Passiamo all'appello. Nell'articolo 725 sono mantenute le stesse forme eccezionali stabilite nell'articolo 703. E nulla mostra che il legislatore sia disposto a cangiare il suo sistema.

Parve un ostacolo, come io diceva, quell'avere gli articoli 703 e 725 precisato un termine a comparire, cioè di giorni dieci. Il processo sommario comincia per regola generale *da una udienza fissa* (art. 155). È dunque un'anomalia. Risponde la Corte di Bologna. « Non essere attendibile una contraria argomentazione desunta dall'articolo 725, per « avere prescritto che la citazione da intimarsi « contestualmente con atto d'appello contro « la sentenza di graduazione debba contenere « il termine a comparire entro dieci giorni, « termine comune anche alle citazioni fatte « secondo il procedimento ordinario; troppo « noto essendo che la legge colla processura « sommaria non muta tutte le forme e i ter« mini della ordinaria, ma solo in quella parte « la cui abbreviazione possa conciliarsi colla « difesa e col necessario sviluppo delle ra« gioni di tutti i contendenti, lasciando essa « nel resto sussistere le ordinarie, ed essendo

(1) Sentenza 9 ottobre 1866 (Bettini-Giuriati, part. II, pag. 539).

« perciò ben ovvio il comprendere, come trat- « tandosi di giudizi di graduazione, in cui ben « numerose sogliono essere le parti aventi « contrari interessi per la difesa delle quali « possono essere richieste speciali diligenze « innanzi la comparsa all'udienza, abbia la « legge trovato conveniente il termine di dieci « giorni per comparire, pur volendo osservato « il procedimento sommario, nel modo stesso « che per ragioni analoghe lo stesso termine « prescrisse all'articolo 703 per la comparsa « all'udienza sull'appello di sentenza di spro- « priazione forzata, sebbene non possa dubi- « tarsi che il relativo giudizio sia nonostante « sommario » (1).

È pertanto una norma *particolare* e come tale soddisfacendo a un dato bisogno della procedura, rimane isolata, con ufficio proprio e non *trahitur ad consequentias.* L'errore dunque è stato di trarre a conseguenze una disposizione che non ne aveva. Si dimostra, che *per eccezione*, vi può essere un termine *fissato dalla legge* anche pei giudizi sommari.

Che se il termine fissato di giorni *dieci* si è incontrato coll'altro termine di giorni *dieci* genericamente indicato dal num. 1 dell'art. 148 si procedimenti formali avanti i tribunali civili o di commercio, o avanti le corti d'appello, ciò è meramente casuale; e male vi si è ravvisato un concetto di relazione, il proposito e la volontà del legislatore di trasformare l'ordine stabilito. Non sono per certo ricevuti nel conto nè i dodici, nè i quindici, nè i venti giorni che seguitano nell'articolo 148; poichè non dassi aumento di distanza, e il termine è unico e costante (2).

L'udienza che avrà luogo nel decimo giorno dalla notificazione, è quella a cui si citano i procuratori. Se in quel giorno non si tenesse udienza, provvede l'art. 246 del regolamento, e la causa s'intende rimandata *al primo giorno di udienza immediatamente successivo.* Citandosi dei procuratori già costituiti e con domicilio legale nel luogo, sarà facile di riunirli tutti alla stessa udienza. Se per alcuno la notificazione della citazione fosse stata eseguita in un giorno diverso, la udienza sarà differita per dar luogo alla sua comparsa.

Forma eccezione nel sistema l'articolo 704 di cui si parlò a suo luogo. La legge ha voluto attribuire una speciale importanza all'appello in giudizio *di separazione di beni immobili,* declinando dallo stile consueto ai giudizi esecutivi, accordando all'appellazione il termine ordinario dell'articolo 485 e quindi antorizzando, quando faccia d'uopo, il procedimento formale.

Che nel modo stesso col quale sono notificate le citazioni debba seguire la notificazione della sentenza definitiva, è una regola che può chiamarsi di ermeneutica giudiziaria, che si riproduce in ogni contingenza; quindi agli *stessi procuratori* sarà notificata la sentenza d'appello.

Al debitore che, essendo contumace, fu citato *per affissione* (articolo 695, capoverso 2°), sarà in egual modo notificata la sentenza.

Se creditori, non prima comparsi, si fossero presentati in appello, si notificherà ai loro procuratori.

È da avvertire che *i creditori non comparsi non sono citati in appello.* Non è mai con essi che si possa elevar contesa di collocazione.

e) Sono venuto memorando che il creditore non comparso nel primo giudizio, benchè non abbiasi a notificargli la sentenza, e neppure la citazione d'appello, può nondimeno appellare. Non ignoro che qualche magistrato, regnando in Piemonte una legislazione non dissimile, ha sentito altrimenti (corte di Chambéry, 1° aprile 1857: Bettini, p. II, pag. 688). Ma so pure che si ammetteva la legittimità dell'intervento. Il diritto di appellare è manifesto per l'articolo 725; lo era anche al tempo di quella decisione per l'articolo 832 del Codice sardo del 1854. Non mi cape in mente come i creditori ipotecari, non comparsi, o perchè non comparsi, diventino *terzi;* e non si apra ad essi che la porticina di fianco dell'intervento, troppo stretta per non essere contrastata (articolo 491), invece della porta comune dell'appello (3). Ma cosa mai verranno

(1) Essendo anche più letteralmente compreso nella regola dell'articolo 373.

(2) Facendosi la graduatoria avanti tribunale, i creditori compariscono mediante procuratore. Chi non è comparso, non avendo ottenuto collocazione, non sarà citato in appello. Quindi per l'articolo 723 le citazioni si mandano *ai procuratori.* Se il debitore non ha costituito procuratore non varia il termine, ma, giusta l'articolo 695, *l'atto si affigge alla porta esterna della sede del tribunale.*

(3) Quel modo di considerare il creditore non comparso, come tale *che avrebbe avuto diritto di fare opposizione di terzo,* fu diviso da qualche decisione francese (Rennes, 26 maggio 1815); respinge questa idea il Chauveau. Quanto a noi non dobbiamo tralasciare un'avvertenza: che il creditore non comparso nel primo giudizio, volendo appellare, dovrà farlo *dalla sentenza* che ne dichiarò la decadenza (articolo 716); altrimenti sarebba cosa giudicata a danno suo.

a fare in appello questi creditori che se ne stettero muti, oziosi nel primo giudizio?

f) Domande nuove.

Tanto più è motivo in noi di proporci quel dubbio che, a differenza della legislazione del 1854, i creditori non comparsi *prima della relazione della causa all'udienza* non sono più ricevuti nelle loro domande di collocazione, che si ritengono *domande nuove*, inammissibili *anche in appello* (articolo 714). Non possono venire in appello che *quali eccipienti contro le altrui pretese;* non possono chiedere collocazione per sè, bensì combatter quelle che sono state aggiudicate. E in ciò possono portare un vero e reale interesse. Faccio un caso singolare, ma che spiega l'idea. *A.* e *B.*, creditori ipotecari, sono stati graduati sopra un prezzo di 1000, l'uno per 600, l'altro per 400. *C.* vantava un'ipoteca anteriore ad amendue per un eccellente credito di 1000, ma dormì per tutto il corso del giudizio, e si è risvegliato in appello. Egli non può più produrre i suoi titoli per ottenere il grado che gli competerebbe, e così escluderli; ma si accinge a dimostrare che nessuno dei due creditori collocati ha credito, e prova che furono pagati. Ne seguita ch'egli solo rimane padrone del campo, e senz'altro contrasto raccoglie tutta la somma del prezzo.

Una parola del debitore in appello. Se ha dedotto eccezioni contro dei crediti ch'egli credeva insussistenti, o altri che fosse del suo diritto, lo stesso piato verrebbe deducendo in appello senza far novità. Non potrebbe per altro impugnare l'ordine di collocazione: tale eccezione non gli compete (Chauveau, questione 2590 bis).

g) Dell'intervento in appello.

Ho rammentato l'articolo 491. *I creditori non comparsi appellano,* non *intervengono;* essi non sono terzi, molto meno sono di quella razza contemplata dall'articolo 491 (1). Ora vediamo se ce ne sono altri. Sì: *quei creditori ai quali non fu notificato il bando* (art. 668): o, perchè non chiamati a dispetto del loro diritto, non sono in causa. Essi perciò, nonostante l'azione di nullità che possono esercitare, *quoad jus,* sono terzi, e possono opporsi alla pronunzia di quella sentenza che più tardi potrebbero far annullare.

5. *Dell'appello incidente e adesivo.*

Abbiamo dichiarata a luogo la natura di questi modi di appellazione (articoli 477, 488). L'art. 725, nel quale tutto è supremamente compendiato, non fa richiami, come non ne fa la legge francese. Ma il Chauveau ebbe due volte a decidere (quest. 1573, tom. III, p. 628, ediz. 3ª, e quest. 2686 quat., tom. VI) che l'*appello incidente* è una necessità anche nei giudizi d'ordine; più forte, per avventura, io aggiungo, che in altri giudizi. L'appello rimette spesso in problema ogni cosa: e lo stesso appellato ha interesse che non passi in giudicato qualche parte della decisione a lui contraria, o sia ammesso in appello qualche suo diritto che nell'attuale condizione di cose gli è indifferente o inutile. Quanto al termine, l'appello incidente non osserva il termine rigoroso dell'appello principale: ciò è già stabilito nell'articolo 487, alle cui annotazioni debbo rimettermi.

Una osservabile decisione della corte di Casale, del 23 agosto 1865 (Bettini, p. II, p. 574), stabilisce che nei giudizi di graduazione la facoltà *di appellare per incidente* non si limita, come nei casi ordinari, nei rapporti dell'appellato e dell'appellante; ma la reciprocità degli interessi fa ritenere ch'esso possa aver luogo fra gli stessi coappellanti.

6. *Se morto o cessato dall'esercizio il procuratore dopo la pronunzia della sentenza e prima della notificazione, si provvegga colla notifica alla parte, e resti tuttavia fermo il termine perentorio dei quindici giorni ad interporre appello.*

Il quesito ha la sua importanza; ma non pare difficile la soluzione, quantunque alcuni autori, professando un'opinione che non è la nostra, fra i dubbi della giurisprudenza francese, ne abbiano fatto un arduo problema (Boncenne, *Théorie de la procédure civile;* Chauveau. quest. 2586). Nella data ipotesi la notifica *si fa alla parte personalmente.* Ciò è determinato dall'articolo 367, capoverso 2°, ed è notevole quest'ultima prescrizione, *la notifica è personale.* Nella suddetta ipotesi pertanto, dovendosi applicare la speciale e apposita disposizione dell'articolo 367, sarebbe esclusa la notifica al *domicilio della iscrizione,* e qualunque altro metodo che non fosse la notifica personale. Pensano i citati autori che in quel caso debba cessare la disposizione ecce-

(1) Spieghiamoci. *Il non comparso è compreso nella sentenza di omologazione,* che ne pronuncia la decadenza. Esso deve adunque servirsi del mezzo ordinario e diretto, l'appello; e non dell'indiretto e suppletivo, che è l'intervento. L'articolo 491 è un beneficio d'equità accordato a chi più propriamente avrebbe dovuto essere chiamato in causa: il creditore ipotecario che non comparve in verun termine, e lascia trascorrer anche quello dell'appello, è licenziato da ogni diritto.

zionale dell'articolo 763 del loro Codice, che prescrive il termine di dieci giorni all'appello; e debba farsi luogo al termine comune (che per noi è di trenta o di sessanta giorni). La somma ragione che si adduce è il pericolo dell'intimato; la difficoltà di trovare un altro procuratore, e di provvedere in sì breve tempo all'appello. Cotali difficoltà sono esagerate, e io credo che il termine rimanga qual è, cioè di quindici giorni. Certo la legge ha avuto il suo forte motivo obbligando alla notificazione personale (e s'intende anche a residenza o domicilio) quando viene a mancare d'improvviso il difensore, nei casi in cui è necessaria: uno dei quali potrebbe complicarsi col presente articolo 722.

Articolo 726.

Quando la sentenza del tribunale sia riformata, otto giorni dopo la notificazione di quella della corte, e sulla presentazione della medesima, il giudice delegato in contraddittorio dei procuratori stabilisce definitivamente lo stato di graduazione a norma della stessa sentenza, e ordina la spedizione delle note di collocazione ai creditori in conformità dell'articolo 717.

Se sorgono controversie sul modo col quale debba stabilirsi definitivamente lo stato di graduazione, il giudice rimette le parti avanti la corte.

Annotazioni.

1. L'appello, essendo sospensivo, ha lasciate le cose come si trovavano. Osserviamo qualcuna delle conseguenze di tale sospensione.

Le *note di collocazione* non possono essere mai spedite se non è passato il tempo e il pericolo dell'appellazione. Quindi tuttociò che ne conseguita, l'obbligo del pagamento nel compratore, il diritto di cancellare le ipoteche, tutto rimane sospeso. Decisa la causa in appello, il giudice delegato *stabilisce definitivamente lo stato di graduazione.* Ciò può intendersi di due maniere. In quanto cioè sia stata riformata la sentenza di omologazione; o in quanto la riforma sia caduta sulla conseguente liquidazione e accertamento dei crediti. Il giudice non è altro che l'esecutore della decisione superiore alla quale deve conformare il suo nuovo disegno. *Sarà pur essa questa opera di riforma soggetta ad omologazione* nel primo caso; nel caso cioè che sia stata riparata la sentenza stessa di omologazione, ed abbiano pressochè a rinnovarsi le conclusioni?

Motivo di dubitare, che essendo un'operazione nuova quella del giudice delegato dopo una riforma, che può anche supporsi totale, della sentenza del tribunale, egli sarebbe l'interprete indipendente della sentenza d'appello, e il suo nuovo progetto mancherebbe della sanzione del tribunale. Ma l'articolo 726 è composto in modo che non lascia attecchire il dubbio. Il tribunale è già fuori d'azione. Il giudice (delegato piuttosto dalla legge che da un particolare magistrato) opera quale esecutore, secondo ho già detto, della sentenza medesima della corte, *alla quale*, sorgendo controversie, *rimette le parti:* disposizione della più chiara evidenza.

2. Osserviamo come di fronte a questa combinazione siano eseguibili gli articoli 723 e 724.

Pendente l'appello, l'applicazione dell'articolo 723 non è possibile rispetto ai creditori *che vi sono compresi.* Non così *pei non compresi*, i quali si trovassero nella condizione del 1° capoverso dell'articolo 717 e dello stesso articolo 723. Il tribunale mantiene rispetto ad essi l'appellazione: onde in ogni tempo potrà il compratore invocarne l'autorità per gli effetti di questo provvido ordinamento.

Conviene risolvere altrimenti per l'art. 274. Non può il tribunale, pendente l'appello, prendere una misura che riguardi il generale del ceto creditorio, disporre del prezzo, decidere sulle cautele dell'investimento a comune profitto. È d'uopo rivolgersi alla corte, salvochè non si trattasse semplicemente degli *interessi scaduti* a favore di creditori *evidentemente anteriori e certi*, e di più non compresi nel giudizio d'appello.

3. Per ciò che spetta alle forme particolari di codesti giudizi, ricordiamo le disposizioni del *Regolamento per l'attuazione del Codice di procedura civile*, dall'articolo 234 a 242.

CAPO III.

DEL GIUDIZIO DI PURGAZIONE DALLE IPOTECHE.

OSSERVAZIONI GENERALI

La Sezione X del Titolo XXIII, Libro III del Codice civile, e questo Capo del Codice di procedura, stanno fra loro non solo in rapporto di causalità giuridica e di modalità rituale, secondo la perpetua attinenza della legge giudiziaria colla civile, ma si consertano eziandio nelle forme e nei modi, toccandosi davvicino e in certo modo confondendosi le disposizioni, quasichè il legislatore restasse in dubbio a quale dei due codici dovrebbe consegnarle. Così appartengono alla modalità esecutiva quelle degli art. 2043, 2044, ed altri dei seguenti articoli del Codice civile, e la procedura li raccoglie, li modifica e li spiega. Ecco il concetto complesso dei due statuti. Il Codice civile determina per quali condizioni e requisiti l'acquirente sia ammesso alla liberazione ipotecaria (articoli 2040, 2041, 2042); il modo con cui il terzo possessore esordisce e si mette in comunicazione coi creditori iscritti (articoli 2043, 2044); quali siano i diritti dei creditori iscritti e a quali ingiunzioni soggetti (articolo 2045); le conseguenze del non richiesto incanto (articolo 2046); gli obblighi del compratore all'incanto (articoli 2049, 2050); accenna alle azioni di regresso dell'acquirente (art. 2052); scioglie la questione delle moltiplicità materiali, moderando l'esercizio del diritto (articolo 2053). Il capitolo del Codice di procedura si divide in cinque parti: 1ª Operazioni preliminari del giudizio (articoli 727, 728, 729); 2ª Prescrizioni a carico del creditore o fideiussore che provoca l'incanto (articoli 730, 731, 734, 735); 3ª Ordinamento del tribunale e mezzi di pubblicità (art. 732, 733); 4ª Effetto della offerta del creditore all'incanto (art. 735); 5ª Giudizio delle nullità e trasgressioni (articoli 737, 738, 739).

Articolo 727.

L'acquirente che voglia procedere al giudizio di purgazione deve presentare, con ricorso al presidente del tribunale competente per la spropriazione:

1° Il titolo del suo acquisto, col certificato della trascrizione di esso;

2° Il certificato delle ipoteche iscritte utilmente sopra i beni acquistati;

3° Il certificato dell'ipoteca legale scritta a favore della massa dei creditori.

Annotazioni.

1. L'*acquirente*. Forse *ogni acquirente?* La liberazione ipotecaria, generata dall'espropriazione o dalla purgazione volontaria, è fra quegli istituti che non si svolgono dal diritto delle convenzioni, ma vi si oppongono; ossia porta le convenzioni ad un esito che non era nell'obbiettivo dei contraenti. Chi ha dato il suo danaro a mutuo per dieci anni, colla guarentigia di un immobile, non ha dato il suo assenso perchè dopo due anni la sua ipoteca sia quasi forzatamente cancellata, e la restituzione del capitale gli venga fatta prima del tempo. Egli subisce questa condizione come si subisce ogni altra lesiva della proprietà particolare in vista di un interesse generale. E vi ha di più sotto questo aspetto: la facoltà stessa dell'azione. Ora questa facoltà passa nell'acquirente; egli detta la legge del tempo, egli propone a tutta soddisfazione quella misura di prezzo per cui egli medesimo ha acquistato il fondo, e mette in tal qual modo i creditori in condizioni angustiose, facendo pesare sopra di essi sino ad un certo punto le conseguenze del proprio

coatratto. Malgrado tali considerazioni, ben rilevanti, la purgazione ipotecaria a favore del terzo possessore è una delle conquiste della civiltà giudiziaria nell'interesse commerciale.

La giurisprudenza, concorde di qua e di là dalle Alpi, aveva già ristretta la portata dell'articolo 2181 del Codice napoletano, e 2181 dell'albertino, dichiarando che chi è *obbligato personalmente* non può valersi di tale facoltà.

Il terzo possessore sopraccarico d'ipoteche, in ogni caso di forte pressione dei creditori, è sempre in una condizione di libertà: quella di rinunciare il fondo e andarsene pei fatti suoi. A questo *diritto negativo* gli si aggiunge un *diritto positivo*, un diritto d'azione; quello di purgare il fondo, ed è quello di cui parliamo. Tale principio ha avuto una solenne consacrazione nel Codice novello (articolo 2040). Il *debitore personale* non ha diritto di liberarsi dal fondo per liberarsi dal debito; può bene sbarazzarsi della proprietà, ma il debito gli rimane nelle ossa come un morbo organico. La sua operazione resterebbe senza scopo, anzi sarebbe impossibile.

Mi devierei dal soggetto ricercando in chi sia e in quale no, in una data condizione giuridica, l'*obbligo personale* (1).

2. *Trascrizione.*

Intanto l'articolo 727 si rannoda al 2040 del Codice civile relativamente alla *trascrizione.*

Ci fermeremo un poco più sulla parte ipotecaria ancor nuova (2) e del più vitale interesse.

L'articolo 1932 del Codice civile descrive con accuratezza le categorie degli atti trascrivibili. È uno degli onori del nuovo Codice. Bisogna però sciogliere alcuni dubbi che fanno sentire la loro influenza sull'esercizio di questa azione, e quindi attinente allo studio della procedura.

La celebre formalità della *trascrizione* non era prima d'ora bene accertata nell'ampiezza de' suoi effetti. È noto che per la legge di brumaio, la trascrizione era condizione indispensabile al trasferimento della proprietà; era di essenza dell'alienazione. Si sa come restasso cosa inconcludente sotto la legge del Codice civile, onde Grenier potè dire: « Le Code civil « dénatura la transcription, relativement à ce « qu'elle était auparavant » (*Des hypothèques*, num. 332). Niuno ignora la missione riparatrice degli articoli 834 e 835 della procedura, e la nuova fase in cui entrò per essi il sistema ipotecario speciale alla purgazione. I creditori ipotecari ebbero ancor tempo quindici giorni dalla trascrizione ad iscrivere le loro ipoteche onde aver voce per promuovere gli incanti. Non si aveva allora, e forse non si ebbe di poi, un concetto chiaro della trascrizione, mercè la quale si trasmette perfettamente la proprietà, cioè non solo nei rapporti del possesso e del dominio naturale del fondo, ma eziandio nei rapporti ipotecari, quanto dire alla pienezza degli effetti civili. Questa verità, già sentita, ed anche in qualche altra legislazione affermata, è stata da ultimo consacrata dall'articolo 1942 del Codice civile, alla cui luce si fa chiara la disposizione del nostro articolo 727, num. 1: « L'acquirente devo presentare il suo titolo d'acquisto col *certificato* « *della trascrizione di esso* ». Senza la trascrizione, il terzo possessore non ha qualità per misurarsi a qualsivoglia effetto coi creditori ipotecari, perchè, rispetto a loro, non è proprietario dell'immobile. « Le sentenze e gli « atti enunciati nell'articolo 1932, *sino a che* « *non siano trascritti*, non hanno alcun effetto « riguardo ai terzi che a qualunque titolo « hanno acquistato, e legalmente conservato « diritti sull'immobile ». Il concetto è completato dal 2° capoverso dell'articolo suddetto. « Seguita la trascrizione, non può aver effetto « contro l'acquirente veruna trascrizione od « iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, e quantunque l'acqui« sto risalga a tempo anteriore al titolo pre« scritto ».

3. *Del titolo e della sua validità ed efficacia.*

Prima condizione del titolo è la sua naturale abilità a trasferire il dominio; il giudizio di liberazione ipotecaria è, nel più alto grado, l'esercizio di un diritto di proprietà.

La trascrizione rimane sempre qual è: *un accessorio del titolo*, quantunque condizione del suo perfezionamento. Onde due teoremi: 1° che essa è valida ed efficace in quanto sia valido ed efficace il titolo, e non altrimenti; 2° che la trascrizione produce quell'effetto di cui è capace la natura dell'atto a cui si associa, e dove questo non fosse abile a trasferire il dominio, essa non ha che un'importanza correlativa.

Osserviamo in ordine al primo, per toccare di alcuno de' suoi fondamenti e non a compiuta dimostrazione che piuttosto appartiene agli illustratori del Codice civile, che un titolo vizioso e nullo non costituisce azione pel giudizio di purgazione (Battur, n' 556, 557): o questo è facile a dirsi. Ma importa il sapere

(1) Vedi intorno a ciò Troplong, *Des hypothèques*, num. 903.

(2) Così io scriveva nel 1866.

se i creditori ipotecari possano sorgere a combattere il titolo qualora o i vizi siano intrinseci, non apparenti, e per rilovarli si richiegga un lungo e formale giudizio; o la eccezione appaia *de jure tertii*, per esempio se si tratti di simulazione o di frode a danno di un contraente, e non per fabbricarsi un titolo mentito a comodo della purgazione, nel qual caso il diritto di eccezione noi creditori sarebbe evidente: o finalmente, che è ancora più arduo, se possano i creditori allegare eccezione nascente dallo stato personale, come di un minore, in contemplazione del quale sarebbe indotta. Io trovo che la dottrina del fòro si è venuta allargando di mano in mano sul tema del diritto di eccezione, facendosi, se può dirsi così, più liberale, e toltine casi, che sogliono anche specificarsi dalla legge, basta provare l'interesse onde valersi di ogni eccezione che sorga da titolo che altri splega a danno vostro. I creditori hanno certamente interesse, como dissi a principio, di ripulsare una pretesa che circoscrive la loro posizione e limita il loro diritto (1).

Una vendita *a condizione sospensiva* non fornirebbe titolo d'attualità, nè quindi azione (Battur, num. 540); ma altro dovrebbe dirsi della *condizione risolutiva*. La proprietà è trasferita non irrevocabilmente, ma validamente. Lo stesso si dirà della vendita con patto di ricupera o riscatto (Battur, num. 558, 559; Grenier, num. 367).

Quanto alla *seconda proposizione* o teorema, è manifesto, per l'articolo 1932 del Codice civile, che la trascrizione è imposta eziandio ad atti che non trasferiscono le proprietà, sull'appoggio dei quali non potrebbe esercitarsi il diritto di purgazione, come i contratti di locazione, benchè eccedenti gli anni nove; quelli di cessione di pigioni o fitti, oltre i tre anni, non avendo la trascrizione altro effetto che la scienza del fatto onde prevenire gli inganni e le frodi.

4. *Della purgazione parziale.*

L'acquirente di una parte dei beni soggetti allo ipoteche, dalle quali intende liberarsi, non può esser respinto dall'esercizio di questa azione, e perchè la legge non distingue, e perchè nulla è più ovvio di vendite giudiziali d'immobili sui quali pesano ipoteche che si estendono ancora ad altri fondi (Duranton, num. 345).

5. *Della iscrizione dell'ipoteca legale.*

L'articolo 1969 del Codice civile descrive le principali applicazioni dell'*ipoteca legale*, ma non sono le sole. La ipoteca legale non ha cangiato natura nel nuovo Codice: essa è sempre quella che nasce dalla legge indipendentemente dalle convenzioni; solo si è determinata, sicchè ha perduta la prerogativa poco desiderabile che soleva avere, di essere anche un'*ipoteca generale* (articolo 2176 del Codice albertino). È questa una delle condizioni dell'esercizio del diritto di purgazione, e tende a garantire sul medesimo fondo *il pagamento del prezzo della vendita* o *del valore dichiarato*. (Intorno a ciò, vedi l'articolo seguente).

6. *Del tempo sino al quale si può esercitare la facoltà della purgazione.*

« Tale facoltà gli spetta (al terzo acquirente, « dice l'articolo 2041 del Codice civile) anche « dopo la notificazione del precetto menzio- « nato nell'articolo 2014, purchè nei venti « giorni successivi faccia trascrivere il suo ti- « tolo che non fosse stato trascritto, e nel ter- « mine di giorni quaranta dopo la notificazione « del precetto, proceda in conformità degli « articoli 2043 e 2044 ».

La introduzione di questa procedura, mediante la intimazione del precetto al terzo possessore, contro il quale si dirigono gli atti di spropriazione, è divisata nell'articolo 706. Il precetto gli prefigge un termine di 30 giorni, come abbiamo veduto a suo luogo; i primi venti gli sono utili per *trascrivere il suo titolo di acquisto*. Se lo avesse già trascritto, non avrà egli a far nulla? Non dovrà in ogni caso render nota la sua volontà di procedere alla purgazione, mentre l'altra parte, scorsi i trenta giorni, è in diritto di continuare i suoi atti? (articolo 662). La legge non dice questo; ma la ragione supplisce. Il terzo possessore dovrà fare un intimo al creditore precedente, s'egli voglia godere del termine dei quaranta giorni per intraprendere il suo giudizio: favore che egli riceve dalla nostra legge, mentre la francese, alquanto più avara, lo tiene stretto a quello dentro il quale il creditore può eseguire il pignoramento (articolo 673 del Codice di procedura civile francese, articolo 2183 del già Codice napoletano).

Il termine è perentorio. Così giudica Troplong, contro una molle e non giusta opinione del Dalloz (*Des hypothèques*, num. 916).

(1) Su questo soggetto può vedersi ciò che lungamente ne scrive il Grenier (*Hypoth.*, n° 368).

Articolo 728.

Il presidente con decreto dichiara aperto il giudizio di graduazione, indicando o nominando il giudice delegato per il medesimo; stabilisce un termine, non minore di giorni quindici e non maggiore di trenta, entro il quale debbano farsi le notificazioni e l'inserzione richieste dagli art. 2043 e 2044 del Codice civile; ordina ai creditori di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate, e i documenti giustificativi nel termine di giorni quaranta dalla notificazione.

Il decreto si trascrive negli atti di notificazione, i quali devono contenere anche la costituzione del procuratore dell'istante.

Annotazioni.

1. Il presidente pronuncia un *decreto*, non un'*ordinanza*. Il decreto è un *provvedimento* emanato senza citazione (articolo 50). Per se stesso è un decreto di ordinatoria, non gravante, non soggetto a reclamo. Ma perchè non potrebbe mettervisi dentro una questione di diritto? Non si potrebbe contrastare all'istante le qualità di terzo e provarsi la sua obbligazione personale? (1) ovvero non si potrà mostrare che egli è decaduto per trascorso di termini? In questi e simili casi si potrà portare il reclamo al tribunale; e potrà anche ammettersi l'appello (articolo 738).

Se la questione è decisa contro il terzo possessore, il processo di spropriazione continuerà ad istanza di quel creditore che colla notificazione del precetto lo avesse già iniziato. Se non si avesse questo precedente, il possessore del fondo se ne starebbe alla balìa dei creditori per quel tempo che loro piacesse di lasciarlo sotto il peso dei debiti e di vincoli ipotecari ove il possessore non preferisse di finirla col pagar tutti. Questa è invero la peggior condizione che gli possa toccare, di esser privato della *sua iniziativa* e di non aver più libertà di mondarsi da quella lebbra delle ipoteche. Difatti, ben guardando, è questo il principale vantaggio della sua posizione di terzo: del resto in poco differisce dal terzo possessore che subisce la spropriazione, perchè sebbene egli venga avanti colla offerta del prezzo contrattuale o di un valore dichiarato, come ora diremo, esso può essere di lunga superato nell'incanto, e vedersi costretto a rinunciare il fondo.

2. Il decreto è notificato *insieme agli atti*, dichiarazioni e documenti che sono il preliminare essenziale di questo giudizio, secondo i due articoli del Codice civile nel presente citati; non quindi separatamente, benchè la notifica separata del decreto non porterebbe veruna mala conseguenza.

Articolo 729.

L'inserzione e le notificazioni, di cui nell'articolo precedente, devono essere compiute nel termine stabilito: in difetto, i creditori iscritti possono chiedere di essere surrogati all'acquirente a norma dell'articolo 575, a spese e rischio del medesimo.

Nel caso indicato nell'articolo 2041 del Codice civile, tutte le formalità anzidette devono compiersi, sotto pena di decadenza, nel termine di giorni quaranta stabilito nello stesso articolo.

Il certificato dell'usciere comprovante le notificazioni, e l'esemplare del giornale contenente l'inserzione, sono, nel termine di giorni cinque dall'ultima

(1) Per esempio ch'egli è erede del debitore, o fideiussore solidale, o accollatario dei debiti iscritti sul fondo? S'egli non fosse che accollatario parziale, cioè di alcuni debiti iscritti, il luogo potrebbe tuttavia procedere alla purgazione, salvo l'obbligo suo di completare il pagamento di quei crediti che non venissero interamente soddisfatti, o di pagarli del tutto se non avessero parte sul prezzo.

notificazione o inserzione, consegnati dall'istante al cancelliere per essere uniti ai documenti indicati nell'articolo 727.

Annotazioni.

1. L'articolo 2043 del Codice civile ordina la notificazione *per mezzo di usciere ai creditori iscritti* (1). Anche a quelli venuti dopo la trascrizione a carico dell'antico proprietario? Quantunque, giusta l'articolo 834 del Codice di procedura civile francese, i creditori, o almeno cert'ordine di creditori, potessero iscrivere utilmente le loro ipoteche entro i quindici giorni dalla trascrizione dell'atto traslativo della proprietà, l'art. 835 dichiarava il nuovo proprietario non avere obbligo *di fare le notificazioni prescritte* se non a quei creditori che avessero presa iscrizione anteriormente. Vero è però che questi ultimi arrivati avevano, come gli altri, il diritto di provocare il pubblico incanto. Ma forse dal rapido svegliarsi che fecero alla notizia della trascrizione, e dal piglio del compratore per venire alla purgazione dello stabile, la legge pensò che sarebbe gente da informarsi per se stessa di ciò che accadeva; o per altra ragione che io non so (2). Ma poco monta. Quanto a noi, è certo che i creditori del venditore venuti dopo la trascrizione non hanno voce nel giudizio nè speranza di grado. Non esistono. Fate attenzione a quell'espressione dell'articolo 727, n. 2: il certificato delle ipoteche *iscritte utilmente*, ecc.

Piuttosto non è inutile il sapere se, comparendo iscrizioni, bensì dopo la trascrizione, *ma a carico del compratore*, tali creditori meritino di esser considerati nel giudizio che va a farsi.

Il compratore non è obbligato da veruna legge a chiamare cotali creditori suoi propri in un giudizio di purgazione che non è fatto per loro. Come verrebbero a mescolarsi coi creditori del venditore, rimpetto ai quali solamente il compratore ha qualità di terzo? La loro speranza non sarebbe che in un solo e raro caso di una eccedenza nella somma del prezzo; ma chiaro è che allora il compratore sarebbe andato per la via semplice e piana della dimissione dei debiti: è questo un giudizio che sta ordinariamente di fronte ad una massa imponente di debiti alla quale nessun prezzo arriva. Nella più favorevole ipotesi, quei creditori sarebbero sequestranti sull'avanzo del prezzo.

2. *La notificazione è fatta al domicilio eletto nella iscrizione.*

Questione se possa farsi eziandio al *domicilio reale*, che il Dalloz, con Persil, risolve affermativamente sul riflesso che questo modo è indotto a favore, ossia a maggior comodo del notificante. È l'opinione dei più (Zachariæ, § 294; Balleroy de Rinville, t. II, pag. 459, Grenier, tom. II, pag. 438). Sta in opposto Van Hoogten, sostenendo che la legge ha uno scopo, quello delle minori spese. All'illustre professore è facile rispondere, che quando l'affare si riduce alle spese, ciò che può accadere si è, che chi le ha fatte non avrà diritto a rimborso.

3. *Effetto della omissione della notificazione a un creditore utilmente iscritto.*

Se la omissione proviene per colpa del procedente, e non del conservatore, Troplong avvisa a due diritti di quel creditore non chiamato: egli potrà farsi richieditore del pubblico incanto in qualunque tempo (3), e relativamente a lui la vendita giudiziale non effettua di diritto la purgazione; egli potrà sempre colpire il proprietario colla sua azione ipotecaria anche dopo l'aggiudicazione o il delibe-

---

(1) Stimo utile porre sott'occhio l'intero tenore di quell'articolo:

« L'acquirente farà notificare per mezzo d'usciere ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, ed al precedente proprietario

« 1º La data e natura del suo titolo;

« 2º La qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo;

« 3º Il prezzo stipolato o il valore che dichiarerà, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato;

« 4º La data della trascrizione;

« 5º La data e il numero d'ordine dell'iscrizione menzionati nell'articolo precedente;

« 6º Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra i detti beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione.

« Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni; nella seconda il nome e cognome dei creditori; nella terza l'importare dei crediti iscritti ».

(2) Il Duranton fece in questo proposito una osservazione, che è una severa critica di quella legge. Ma come fareste, dice egli, se non ci fossero che creditori iscritti nei quindici giorni? E qui spende parole oltre il bisogno (num. 374).

(3) Vedi il termine sanzionato dall'articolo 2045 del Codice civile.

ratario appresso il suo acquisto (*Des hypoth.*, n. 920). Nessun dubbio; la prima proposizione però deve intendersi *cum grano salis*, quando cioè l'incanto non sia stato chiesto da altro creditore, ovvero non sia già seguita l'aggiudicazione definitiva.

4. *Delle enunciative imposte al terzo possessore dall'articolo* 2043 *del Codice civile.*

a) Dichiarazione del prezzo o del valore. Anche in quest'atto, che è di tanto interesse, vi avranno delle parti più o meno sostanziali, la cui trasgressione può produrre o non produrre nullità; e in pratica non sarà difficile formarsi un concetto di ciò che è essenziale, e di ciò che non è. La *dichiarazione del prezzo o valore* è quella parte della denunzia che ha richiamato di più l'attenzione.

L'oggetto è palese: si tratta di approvare o disapprovare quel prezzo che costituisce l'offerta del compratore. Colla tacita adesione dei creditori, o per mala riuscita dell'incanto, esso diviene il prezzo definitivo.

Osservo intanto che qualche disputa nata in Francia per oscurità di legge, è tolta via per i nostri codici. L'articolo 2183 del Codice civile francese, n° 1, ordina denunziarsi « il prezzo « ed i carichi formanti parte del prezzo della « vendita, o *la valutazione della cosa se questa « è stata donata* ». Con un testo simile è stato possibile alla cassazione francese il decidere, che il compratore non è tenuto alla dichiarazione del prezzo o del valore in fatto di permuta, e perchè non vi fu prezzo determinato, e perchè non trattasi di acquisto a titolo lucrativo, ritenendo invece che spettasse ai creditori il fare la valutazione dell'immobile acquistato in confronto di quello che è stato ceduto (3 aprile 1815, Sirey, t. XV, part. I, pag. 207); massima che il Troplong ha confutata vittoriosamente (*Des hypothèques*, n. 925). Dotto di tali controversie, il legislatore piemontese dettò in modo diverso nell'articolo 2306, n° 3: ed ora vediamo felicemente riprodotta quella dizione « il prezzo stipulato o il valore che di« chiarerà, se si tratti di fondi avuti a ti« tolo lucrativo, o *il cui prezzo non fu deter« minato* ».

b) Della valutazione dei pesi accollati al compratore (1).

Non deve sfuggire un'altra notevole differenza fra il testo francese ed il nostro; il che serve anche ad illustrazione della nostra medesima legge. Il Codice francese prevede il caso, che invero nei contratti di vendita è frequente, che siano stati accollati al compratore dei pesi, per esempio, una rendita vitalizia. L'articolo 2183 ingiunge la denunzia dei *carichi formanti parte del prezzo del fondo*. Quella legge non faceva parola della valutazione o del modo di valutare tali accollazioni: molto meno ne discorre la nostra, che non parla neppure delle accollazioni. Troplong che esamina questo articolo sotto il punto di vista della espressione del valore che, secondo lui, malgrado il silenzio della legge, deve sempre essere dichiarato, produce una bella distinzione che giova qui registrare.

Due ipotesi. *Prima*, il creditore si è accollato debiti puramente chirografari. Non potendo tale accollazione alterare la posizione degli ipotecari, è necessario ad ogni modo dichiarare come parte del prezzo tali valori e somme che il creditore si è addossate, forse anche imprudentemente, poichè le accollazioni chirografarie vanno a sparire nel prevalente diritto degli ipotecari, ed egli potrebbe rimanere personalmente esposto. Checchessia di ciò, la dichiarazione deve farsi, non dirò dei debiti accollati in ispecialità, che ciò poco importa, *ma del prezzo integrale*; e si può anche ritenere che il legislatore abbia creduto dir tutto in quelle parole, *prezzo stipulato o valore*. — *Seconda ipotesi:* il compratore si è assunto pesi determinati nell'oggetto, indeterminati per valore, verso creditori ipotecari. Non è di fronte a tali creditori che si effettua la purgazione. I debiti relativi *sono divenuti personali* dello stesso compratore. La purgazione non può aver effetto che rispetto agli altri. Ora tali creditori sono anteriori o posteriori a quelli accollati. *Se anteriori*, hanno tutto l'interesse che il valore sia dichiarato per avere il concetto della totalità del prezzo, al fine di por base sì al pubblico incanto che alle offerte di rincaro; e a deliberare se sia o no utile tentare la vendita giudiziale. O tali creditori *sono posteriori:* essi avranno non solo uguale, ma un maggior interesse, in ragione del pericolo in cui versano, e per il bisogno di calcolare le cose con tutta esattezza (Troplong, *Des hypothèques*, n. 925).

In via di discorso aggiungeremo, che non vi ha incompatibilità fra l'assumere obbligazioni personali per dati crediti ipotecari; in quanto

(1) Uso più volentieri la parola *valutazione* che *stima*; perchè la valutazione è opinativa, e dipende da chi la fa o vuol farla: la *stima* esprime piuttosto il rapporto del valore reale fondato sopra elementi scientificamente apprezzabili.

o il venditore voglia assicurarsi che per qualunque vicenda del fondo questi saranno pagati; o perchè è stato d'uopo determinare certi diritti, ai quali, per esempio, più non rispondesse l'estimazione primitiva: come quella di una rendita vitalizia dopo un notabile corso di anni. Siamo tutti persuasi che ai creditori, che non intervennero in quel negozio, tutto ciò è indifferente: essi non fanno che guadagnarne coll'arrota di una nuova obbligazione. Ma notate bene che potrebbe venir caso in cui la domanda di purgazione dovrebb'esser respinta *per difetto d'interesse*. Suppongo che il compratore siasi accollato i debiti *a*, *b*, *c*, che sono rappresentati da tre iscrizioni posteriori ad altre due, e che tutte cinque insieme sopravanzino la somma del prezzo. Ogni debito è di 20, e il prezzo non è che di 70. Non potendo il compratore menomare i diritti dei tre ultimi creditori, atteso l'impegno suo personale, e non potendo esimersi dal pagamento dei due primi perchè anteriori, evidentemente mancherebbe d'interesse, e affaticherebbe i creditori e se stesso con un giudizio inutile.

c) *Dichiarazioni distinte di un prezzo complessivamente stipulato per più immobili e cose mobili.*

Non si ha a far altro che ricordare la disposizione dell'articolo 2054 del Codice civile. Per esso è riprodotto l'articolo 2053 del Codice Napoleone (1). Tarrible, t. II, pag. 122, mise in rilievo ingegnosamente certe combinazioni ipotecarie, in presenza delle quali si dovrebbero modificare le applicazioni di quella legge per ragioni d'equità. E noi non vogliamo opporci; ma ristretti al nostro soggetto, diciamo che non potrà mai presentarsi la dichiarazione in altro modo e in altra forma che quella presignata dall'articolo 2053, salvo ai tribunali, nell'atto pratico, di prendere quelle determinazioni che fossero eque e giuste in quanto sia permesso dall'indeclinabile rigore delle leggi ipotecarie.

La nostra legge non impone al terzo possessore che una *dichiarazione*, come già si è detto; egli stesso ragguaglia i diversi valori e li enuncia, ed ogni dichiarazione esprime una offerta singolare per quel dato immobile, facilmente superata nell'incanto se si troverà insufficiente, con più probabilità di riuscita se sarà ragionevole. Il prezzo d'immobili, colpiti o non colpiti dalle stesse ipoteche, potrà essere distribuito con una sola graduatoria, secondo la previdenza dell'articolo 662, capoverso 1°, della procedura; e potrà essersi con distinti giudizi, avanti tribunali diversi, secondo le osservazioni, crediamo abbastanza convincenti, proposte a quell'articolo. Ciò non ha nulla di *étrange* in ordine ipotecario. La notificazione però verrà eseguita in ogni circondario in cui le ipoteche si trovano iscritte.

5. *Della nullità della notificazione.*

Ogni creditore può proporla. Si domanda se la nullità sarà coperta dal momento che il creditore ha provocata la vendita, giusta il diritto del seguente articolo. Io rispondo che sì: e mi duole di allontanarmi dalla opinione di Troplong (*Des hypothèques*, num. 925 bis), che non credo vera.

6. *Della offerta di pagare il prezzo o valore dichiarato* (articolo 2044 del Codice civile).

Il principio della libertà fondiaria nell'interesse commerciale presiede allo istituto della purgazione: lo stesso principio determina che non vi sono crediti esigibili e non esigibili; che tutti diventano esigibili; e fu salutata come un progresso nella Legge VII di brumaio la disposizione dell'articolo 2184 del Codice Napoleone, che proclamata in tanti monumenti legislativi, non si è avuto più bisogno di ripetere. La nostra legge dice *pagare*, e lascia la parola *sur-le-champ*, usata dal testo francese, perchè anche qui non occorre. Nulla dunque al creditore suffraga il termine di pagamento stipulato nel contratto: deve pagar subito, e s'intende come sia divenuto proprietario definitivo.

7. *Dalla offerta degli interessi del prezzo.*

Gli interessi aumenterebbero la somma del prezzo, se fossero dovuti. Se fossero dovuti, intendo al venditore: ma in caso diverso (2) i creditori non conterebbero il loro diritto contro il terzo possessore che dal giorno della citazione o notificazione a termini dell'articolo 2043 (Troplong, *Des hypothèq.*, n. 930).

8. Il *minore* non dev'essere privato del beneficio della purgazione. Il tutore si presenta per lui; e Troplong pensa che non abbia d'uopo di esser perciò autorizzato dal consiglio di famiglia (*Des hypothèques*, n. 923).

(1) Tolte nella prima parte dell'articolo le parole *mediante una stima se siavi luogo*.

(2) Per esempio se fossero stati pagati al venditore, o per patto non fossero dovuti.

Articolo 730.

La richiesta dell'incanto fatta dal creditore o fideiussore a norma dell'articolo 2045 del Codice civile, deve contenere:

1° La citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire all'udienza del tribunale nel termine non minore di dieci giorni, nè maggiore di quindici;

2° L'offerta in comunicazione dei documenti provanti l'idoneità della cauzione proposta a termini dello stesso articolo 2045 del Codice civile.

Annotazioni.

Le obbligazioni del creditore sono descritte nell'articolo 2045 del Codice civile, ed è intorno ad esso che deve rivolgersi il nostro breve commento (1).

1. *Del diritto del fideiussore.*

Rendo onore alla nuova veduta del nostro Codice che attribuisce al *relativo fideiussore* (n. 4 del detto articolo) un intervento attivo ed utile nella vendita giudiziale, con che si agevola il còmpito stesso del creditore obbligato alla cauzione; onde io ritengo che il fideiussore eserciti questo diritto nell'*interesse proprio*, anzichè in quello del creditore da lui mallevato. Il dubbio potrebbe nascere dalla sua condizione di fideiussore. Ma io osservo che l'esercizio di questa facoltà non si svolge da un diritto inerente alla qualità della obbligazione che si è assunta: nel qual caso, prima di aver pagato, non si saprebbe quale gli potesse competere. Una legge singolare, in una combinazione giuridica tutta speciale, gli fornisce un diritto, quasi in premio di essersi associato al creditore, e di avergli giovato ad un effetto che evidentemente la legge ha in animo di favorire (2). Breve: lo ammette ad esercitare l'azione del creditore *per l'interesse che vi porta*, ossia per l'interesse proprio.

Grave però mi appare un secondo dubbio. Il diritto di promuovere l'incanto, aumentando frattanto il prezzo di un decimo, e porgendo cauzione, è di *qualunque creditore* iscritto: e come sempre avviene in simili casi, il diritto attuale si determina dal tempo, e a favore del più diligente. Se le offerte fossero contemporanee, il giudice potrà scegliere ove trovi maggior sicurezza, o ammettere ambedue i creditori all'esercizio dello stesso diritto. *Ma il fideiussore può competere del pari coi creditori iscritti?* Metto in ipotesi che il creditore garantito e il garante (che poi non è garante che di una minor parte del prezzo) si muovano contemporanei all'aumento ed all'istanza della vendita. Parmi che al primo dovesse darsi la preferenza. Il diritto del fideiussore, come semplicemente equitativo, può ritenersi al confronto meno potente: e qualche cosa di *sussidiario* debba riscontrarsi in quella alternativa o, sicchè il fideiussore possa attivamente intervenire nel difetto del creditore.

Da lungo tempo s'insegna che il diritto di rincaro (*de surenchérir*) *non è personale*, che esso può esercitarsi così dal creditore ipotecario (3), come da' suoi cessionari ed aventi causa (Persil, *Rég. hypoth.*, art. 2185, n. 7).

---

(1) Art. 2045. Entro il termine di giorni quaranta dalla detta notificazione ed inserzione, qualunque dei creditori iscritti o dei relativi fideiussori ha diritto di far vendere i beni all'incanto, purchè adempia alle seguenti condizioni:

1° Che la richiesta sia per mezzo di usciere notificata al nuovo proprietario nel domicilio da lui eletto come sopra ed al proprietario precedente;

2° Che contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato.

3° Che l'originale e le copie di tale richiesta sieno sottoscritti dal richiedente o dal suo procuratore munito di mandato speciale;

4° Che il richiedente offra cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra.

5° Che la notificazione contenga citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire dinanzi al tribunale, perchè venga pronunziato sull'ammissibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto.

L'omissione di alcuna di queste condizioni produce nullità della richiesta.

(2) Io sono di questa opinione. Vi ha chi crede *non favorevole* questo diritto (Dalloz, *Saisie immob.*, n. 2); questioni vane: io guardo allo scopo. Quando è che si eserciti il diritto dell'incanto? Quando il prezzo apparisca inferiore al vero, e perchè altri, nel loro particolare interesse non impongano la legge ai creditori.

(3) Vero, non solo apparente; con ipoteca e credito.

Il quale diritto si estende al *debitore solidario* che soddisfece il debito comune, ed è per legge surrogato al condebitore per il quale ha pagato. Anche quella del fideiussore, nel caso dell'articolo 2043 del Codice civile, può considerarsi una *surrogazione legale:* ma accessoria, addizionale e suppletiva: un gius singolare, dedotto da una speciale combinazione processuale, come fu per me definito superiormente.

2. *Dell'aumento del decimo.*

Il richiedente la vendita *deve obbligarsi* nell'atto della denunzia *di aumentare* o *far aumentare di un decimo il prezzo stipulato*, ecc. (articolo 2045, n. 2). E si collega col n. 4. Con ciò verrebbesi a colorare in certo modo l'intervento del fideiussore. Nondimeno bisogna por mente. L'aumento del decimo è bensì la scala o l'istrumento perchè s'apra il concorso al pubblico; ma intanto è un fatto obbligatorio che produce un diritto: il diritto d'acquistare per la somma del prezzo stipulato, aumentata del decimo, se nell'incanto non sarà superata. Da ciò nasce una sottile ricerca, se il terzo che fornisce il danaro dell'aumento acquisti *per sè* o *per il creditore* nel cui nome interviene: con che solo può darsi spiegazione di quello, o *far aumentare*, ecc. *Numerans pretium, alio emente, non quærit sibi dominium* (Salicet, in Leg. 3, Cod. si qui alteri): in ciò siamo d'accordo. Ma fingiamo che lo stesso sovventore del danaro pretendesse di fare l'aumento in testa propria, e così guadagnar la posizione che competerebbe ad un qualunque creditore iscritto: lo potrebbe? Non nego che la soluzione è alquanto imbarazzata per questa giunta del nuovo Codice che favorisce il *fideiussore*, e che io ho pure lodata; ma per fideiussore non può intendersi che la *cauzione* prefinita dal n. 4, e non colui che fornisce l'importo del decimo. Indi, riflettendo che il diritto di aumento è proprio dei creditori iscritti, e non di un terzo qualunque che voglia entrare nei fatti della consorteria ipotecaria (uso giuridicamente in buon senso una parola che in politica suole averne un cattivo) ed essendochè per questa via *quisque de populo*, non avente una particolare qualità, come è quella di fideiussore, potrebbe esercitare questo diritto solo perchè ha un poco più di danaro da spendere, io non posso dare al quesito che una risposta negativa.

Il decimo *dev'essere determinato in una somma precisa*, come ben giudica Delvincourt; non basta il dire il *decimo del prezzo.* Ma per noi che non ammettiamo dichiarazioni di prezzo che non siano précisate, la cosa è facile.

Se non che vi sono oneri o spese fatte dal compratore che non vanno considerate nel prezzo; e quindi non aggiungono allo importare del decimo. Notando qualche esempio, osservo che le spese della *trascrizione* sono di quelle che stanno a carico del compratore. Fu invero singolare, ma non senza un permanente interesse, la questione riferita da Troplong (*Des hypothèques*, n. 936) sul conoscere se le *imposte scadute*, accollate al compratore nel contratto, s'intendano far parte del prezzo. La cassazione francese decise nel senso che non facessero parte del prezzo, *essendo un debito necessario* (18 gennaio 1825). Ma non bisognano tante parole quante ne ha spese l'illustre espositore per confutare quella decisione, poichè ognun vede che se il *debito era necessario*, lo era pel venditore e non pel compratore; che ove non se ne fosse parlato, il compratore avrebbe avuto diritto di rivalersene sul venditore, per conseguenza se si addossò il debito, lo fece come compratore, cioè qual parte di prezzo (V. anche la lunga discussione del Carré, quest. 2466).

Potrà chiedersi quando è che si pagherà il decimo? La legge non lo addita (1). Ma non costituendo infine che una frazione del prezzo, il *creditore iscritto* o *suo fideiussore*, che risultasse aggiudicatario definitivo (articolo 736), lo aggiungerà al prezzo pagandolo colle norme segnate dagli articoli 718 e 719.

Sulla *cauzione* invito ad osservare il commento dell'articolo seguente.

Articolo 731.

Quando la richiesta d'incanto sia ammessa dal tribunale, la cauzione è data e l'atto ne è ricevuto in conformità della sezione VI, capo I, titolo IV del libro I, nel termine di giorni dieci dalla notificazione della sentenza che ammise l'incanto.

---

(1) Questo aumento corrisponde a quello del *sesto* come termine a provocare il nuovo incanto nei giudizi di spropriazione (articolo 680). Non ha rapporto razionale col decimo che si deposita per essere autorizzato a concorrere nell'incanto (articolo 672).

Se la cauzione sia data con ipoteca, il cancelliere deve, nel termine di giorni cinque, far procedere alla relativa trascrizione, trasmettendone nel detto termine le note all'uffizio delle ipoteche, sotto pena di multa estendibile a lire mille e del risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. I *creditori* non istanti rimangono estranei a questo giudizio. Chiaro è però che possono intervenire, richiedente il loro interesse. Può sorgere qualche contestazione d'importanza, o rispetto al diritto di promuovere l'incanto o alla cauzione. Il proprietario combatte il primo per non perdere la posizione che occupa; i creditori guardano piuttosto alla seconda, benchè, al dire di qualche scrittore, essa è data principalmente al proprietario. La cauzione sussegue la sentenza che *ammette la richiesta d'incanto*, com'è naturale. La notificazione della sentenza si farà a quelli che sono in causa, e indispensabilmente all'antico e nuovo proprietario.

Quanto al termine dei dieci giorni entro il quale deve esibirsi la cauzione in cancelleria, rammento l'articolo 2047 del Codice civile. « I termini fissati nei precedenti articoli non « possono mai esser prorogati ».

2. *Se sia necessario nell'atto di richiesta* (articolo 2045 del Codice civile) *determinare la cauzione.*

Ricordo che l'articolo 2185, n. 5 del Codice francese è scritto di maniera che non sembra potersene dedurre quel postulato, non ingiungendo che *la promessa di dar cauzione.* Non ostante gli espositori, pressochè con voto unanime, tennero che fosse obbligatorio il dichiarare la qualità della cauzione che si voleva dare. « Il faut, dice Troplong, *nominativement* « désigner cette caution *dans l'acte de réqui-* « *sition*; et c'est d'après cette désignation no- « minative que la partie se détermine d'ac- « cepter ou de refuser ». Questo avviso è pur quello di Merlin, Persil, Zachariæ, ecc. Il Codice albertino nell'articolo 2308, num. 4, lo aveva detto espressamente. « Che il richie- « dente offerisca cauzione sino alla concor- « renza del prezzo aumentato e delle spese « tutte, *colla indicazione del nome e della di-* « *mora del mallevadore* ». Una certa studiata parsimonia di locuzione è nell'indole dei recenti nostri codici, ed io sono ben lontano dal disapprovarla. Se qualche volta s'incorre nell'*obscurus fio*, non dirò che sia questo il caso. Lasciate quelle parole che toglievano ogni dubbio sulla volontà del precedente legislatore, io penso che nondimeno non sia variato il concetto. Che varrebbe diffatti *offrir cauzione* con una premessa generica: non sarebbe cosa del tutto inconcludente?

Ciò posto, il senso del nostro articolo, *la cauzione è data, e l'atto ne è ricevuto*, non può riguardare che l'effetto e l'attuazione; la prestazione della stessa cauzione.

Nell'ultimo disposto dell'art. 2045 è stabilito che la omissione di alcuna delle imposte condizioni *produce nullità della richiesta.* La mancanza adunque di un'offerta specifica *produrrebbe le nullità dell'atto.* Ma può domandarsi se a quella dichiarazione sia talmente legato il richiedente *che non possa più cangiare il modo della cauzione.* Io credo che lo possa, alla condizione però che la nuova offerta equivalga per bontà alla prima; se no, sarebbe, come ognun vede una derisione. E quanto al proprietario, è pure indubitato ch'esso potrà sempre combattere la cauzione della quale non può rendersi un giudizio concreto che dopo la presentazione e discussione dei documenti, in ispecie se trattisi di cauzione ipotecaria.

3. *Modi della cauzione e della sua prestazione.*

La cauzione è sempre valevole in quanto presenti la sicurezza del credito; e qui meno che mai potrebbe farsene una questione di forma. Se il creditore non può trovare un fideiussore, se non può dare ipoteca, perchè non potrà supplire con un pegno di cosa mobile, come ritiene Troplong (num. 941), ancorchè non sia il deposito di cartelle di rendita dello Stato, preveduto dall'articolo 330 all'effetto di regolarne il valore? È un apprezzamento del giudice.

Ma secondo la qualità della cauzione potrà modificarsi il procedimento. Appresso la sentenza e nel termine prefisso il creditore esibisce la sua cauzione, ma non nello stesso modo. Se la cauzione è ipotecaria, produce i documenti necessari in cancelleria, che ha già offerti in comunicazione (art. 730, n. 2). L'articolo dice che *dentro cinque giorni* il cancelliere *deve far procedere alla iscrizione*; ma è difficile intendere da qual punto faccia decorrere questi cinque giorni. Non basterà esibire una cauzione ipotecaria, eccettochè gli

interessati (1) non dichiarino di riconoscere e accettare tale cauzione. Che sarà essa se non un'offerta, oggi concretata e documentata, ma sempre una esibizione che bisogna discutere, e che non appartiene per certo al cancelliere l'accettare? L'esibitore dovrebbe incaricarsi egli stesso di farla approvare dal tribunale. Se si solleva una contestazione, se una sentenza si pronunzia, dovrà notificarsi; e dalla sua notifica, non esistendo appello, dal punto insomma che la sentenza è eseguibile, comincieranno i cinque giorni. Se la cauzione è fidelussoria, il creditore porterà alla cancelleria l'adesione del fideiussore, senza cui non ci sarebbe proposta seria; ma l'ammissione del tribunale non sarà meno richiesta. Osservo che in questi vari atti non si accenna mai a giudice singolare: l'autorità è concentrata, forse per la gravità loro, nel tribunale. Lo stesso articolo 329 parlando della *sottomissione* formale, ossia dell'atto di obbligazione che il fideiussore giudiziale assume, suppone la idoneità non impugnata, od ammessa dall'autorità giudiziaria.

4. *Importanza della cauzione.*

Per noi è cosa stabilita *il quinto dell'intero prezzo, più il decimo* (articolo 2045, n. 4). Si è bene avuto cura di esprimere l'*intero prezzo.* Pesi, obbligazioni del compratore, qualunque siano, valutabili e valutati in pecunia, ecco l'*intero prezzo.* Lo stesso compratore ne diede la estimazione; quel creditore che invece di impugnare nel suo risultato o nei suoi elementi la valutazione, partendo da essa, aumenta il prezzo e spinge il fondo all'asta, non rimane più in dubbio sulla entità della cauzione che deve dare. Questo creditore così facendo, si associa al fatto del terzo possessore, lo approva e lo continua portandolo più oltre, a conseguenze maggiori.

Se non che prima di mettere ad effetto questa sua intenzione, il creditore potrebbe sentire che gli occorre di far riformare la valutazione fatta dal terzo possessore, come imprudente od eccessiva. In questo punto i loro interessi convergono.

Supponete che fra le affezioni del fondo vi sia un livello accollato o non accollato al compratore, mentre il fondo stesso non è che enfiteutico. Facciamo l'una e l'altra ipotesi. È accollato: assunto da lui quell'onere e fatto proprio, egli potrà bene quando gli giovi, e come gli giovi, procedere all'affrancazione. Ma intanto lo ritiene, e secondo il suo contratto subentra al venditore e continua a pagare il livello. Ecco presentarsi due questioni, gravi amendue.

La prima si attiene alla teoria della dichiarazione ordinata dall'articolo 2043; ha l'importanza di un principio. Basterà al terzo possessore dichiarare che sul fondo esiste un livello di annue lire 1000; che i laudemi sono periodici e in somma determinata oltre quelli di diritto, e che la concessione è limitata alla terza generazione dell'enfiteuta? Ciò è ammesso nella legge francese colla formola *le prix et les charges faisant partie du prix de la vente* (articolo 2183). Ovvero dovrà il terzo possessore fare egli stesso la valutazione del prezzo di questo livello, che è il prezzo stesso per cui è affrancabile? Io produssi intorno a ciò la mia opinione, che è quella della necessità della valutazione anche dei carichi assunti dal compratore con obbligazione personale, quantunque rimanendo il fondo in lui egli possa o debba ritenere i pesi, senza necessità di corrispondere un capitale di prezzo. Secondo questa tesi, che parmi nello spirito della legge, oltrechè nelle parole, perchè tutto tende alla soluzione dei vincoli e alla libertà, il terzo possessore dovrà dunque dichiarar quale, al sentir suo, sia lo importare di questo livello e il prezzo che gli si deve attribuire.

La seconda questione riguarda il diritto del creditore che, per aprire l'incanto, si assume egli medesimo questo prezzo, e lo accresce di un decimo: e indi deve dar cauzione *per un quinto dell'intero.*

L'interesse di questo creditore è che il prezzo sia piuttosto basso che alto. Il suo interesse di creditore si disperde e quasi si annulla in quello del futuro proprietario. Potrà quindi capitargli di prender briga col terzo possessore che ha fatto una valutazione troppo elevata. Ecco un singolare fenomeno: che il proprietario, cui non è certamente utile innalzare il prezzo, potrà talvolta (rara, lo credo) essere redarguito del troppo, nel che è facile ch'egli ceda le armi al primo incontro. In questa ricerca voglio fissare una cosa sola, ed è, che il creditore deciso d'incarire il prezzo, rendendosi anche deliberatario se occorre (art. 736), *ha qualità per far ridurre la valutazione che reputi eccessiva.* Nè gli può essere opposta *sotto specie di confessione giudiziale,* la enunciazione del terzo possessore. Tornando sul-

(1) *Interessati* chiamo il proprietario nuovo e antico (articolo 730), e lo sarebbero quei creditori che avessero fatto opposizione e fossero intervenuti in causa.

l'esempio del livello, se questi aggirandosi nella difficoltà di calcolare gli elementi del prezzo di affrancazione, avrà per caso trasmodato, il creditore, lui assenziente o no, ridurrà la somma a' suoi giusti termini, alla qual somma conformerà la portata del decimo e la cauzione del quinto.

5. *In presenza della offerta di rincaro la proprietà permane nel terzo possessore.*

Coerente a quanto esposi altrove, essere il primo deliberatario all'incanto divenuto proprietario del fondo benchè sotto l'immanenza di una condizione risolutiva, molto più debbo ciò affermare in fatto di un compratore contrattuale, che colla veste di proprietario legittimo, si affaccia al giudizio di purgazione. Su questo punto mi giova riportare le parole di Troplong: « Le surenchérisseur ne se trouve « réellement acquéreur et propriétaire que « lorsque, au temps venu pour l'adjudication « son enchère n'est pas couverte. *Avant ce « temps* la propriété réside encore *sur la tête « de l'acquéreur primitif* » (*Des hypothèques*, n. 919). Ne segue che la degradazione del fondo, diremo in genere, il pericolo, gravita sullo stesso proprietario, responsabile verso i creditori di quei deterioramenti che fossero ad ascriversi a suo dolo o colpa, passando in altri la proprietà.

6. *Della nullità dell'istanza di vendita e sue conseguenze.*

Accordando questa facoltà, il legislatore ha sentito una voce che lo fece guardare indietro all'interesse di un acquirente legittimo. Accordare quindi la facoltà, ma nei termini più rigorosi di esecuzione, onde quelle ultime parole dell'art. 2045: *l'omissione di alcune di queste condizioni produce nullità della richiesta.*

Annullata la richiesta, essa la è non solo a pregiudizio del creditore richiedente, ma eziandio di ogni altro creditore iscritto: semprechè non avanzi ancora parte del termine utile (Troplong, n. 950; Grenier, n. 451; Pigeau, t. II, pag. 410; Battur, n. 628).

Pel nostro Codice può sorgere una questione nuova, se la domanda sia stata fatta da un *fideiussore*, e gli sia caduta di mano. Se il fideiussore, nuovamente ammesso ad esercitare i diritti del consorzio creditorio, non fosse che un esercente subalterno, come io dubitai (parlando sull'articolo 730), alcuno dei creditori potrebbe opporre che il fatto suo, irregolare e dichiarato anche nullo per inosservanza delle formalità, non può pregiudicare ai creditori legittimi. Vana eccezione però sarebbe questa, imperocchè il *termine dei quaranta giorni è per tutti*; e male a colui che non ne ha profittato per dedurre le proprie istanze.

Insegna Battur (n. 565 che le nullità degli atti notificati al venditore giovano al compratore, non viceversa. L'assistenza del venditore vi è formalmente prescritta dalla legge (così pure nel nostro articolo 730); ed è necessità assoluta tanto nell'interesse suo proprio, che in quello del compratore, poichè rendendosi costui aggiudicatario, ha regresso contro il venditore *pel rimborso di quanto ecc de il prezzo stipulato* articolo 2032 del Codice civile). Egli dunque, il compratore, ha diritto di opporre la nullità degli atti relativi al venditore, *altrimenti questi se ne varrebbe contro di lui per negargli l'azione di rimborso.* La stessa ragione non milita a favore del venditore. È anche l'avviso di Carré; e qualche decisione francese si pronunzia in questo senso. Io crederei migliore la contraria sentenza di Chauveau (quest. 2490). Perchè di rimando il venditore ha interesse di non subire la rivalsa del compratore; e in tutto il corso di questo processo è considerato come parte essenziale.

Articolo 732.

La sentenza che ammette la richiesta d'incanto rinvia le parti davanti il presidente perchè sia stabilita l'udienza a norma del numero 3° dell'articolo 666, e ordina al cancelliere di formare il relativo bando.

La sentenza per cura dell'istante deve essere annotata in margine della trascrizione del titolo di acquisto.

Articolo 733.

Il bando deve essere stampato, e indicare:

1° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza del proprietario precedente, e del nuovo;

2° La data e natura del titolo sul quale fu fatta la richiesta d'incanto;

3° La descrizione dei beni posti in vendita a norma del numero 1° dell'articolo 666;

4° Il prezzo stipulato o il valore dichiarato;

5° La data della trascrizione del titolo di alienazione nell'uffizio delle ipoteche, e della notificazione fattane ai creditori;

6° L'istanza di chi richiede l'incanto colla specificazione delle obbligazioni assunte da questo e dal fideiussore di lui, o del fatto deposito;

7° La data dell'iscrizione presa sui beni del fideiussore, quando la cauzione sia stata data con ipoteca;

8° L'importare dell'aumento del decimo e la somma complessiva a cui ascende il prezzo aumentato;

9° La data della sentenza che ha ammesso l'incanto, della notificazione di essa, e dell'annotazione fattane in margine della trascrizione del titolo di acquisto;

10° L'udienza in cui l'incanto dovrà farsi, e la data dell'ordinanza che la stabilì.

Il bando dev'essere notificato al proprietario precedente e al nuovo. Si debbono fare altresì le notificazioni, le pubblicazioni, le inserzioni, e il deposito ordinati dall'articolo 668.

Le disposizioni del presente articolo debbono osservarsi sotto pena di nullità.

Annotazioni.

1. **Questioni.** — *Se i beni così sottoposti all'incanto possono vendersi a parti o lotti*, ove siano comodamente e si credano utilmente divisibili, è questione non grave in se stessa, perchè nelle aste comuni non vi ha nulla di più frequente, ma può esserlo per le conseguenze, e la conclusione affermativa non deve abbracciarsi senza esame.

Tizio ha acquistato una tenuta divisa in dieci fondi, i quali però formano quel tutto che si chiama la tenuta: non può parlarsi di separazione. Ma invece si comprarono tre poderi distinti, lontani, quantunque nello stesso circondario o distretto del tribunale, in globo e ad un sol prezzo. Sono però soggetti alle stesse ipoteche, almeno in gran parte, e non siamo nel caso, bisogna notarlo, dell'art. 2053 del Codice civile da noi rammentato in altro luogo, ove la legge ha spiegata la sua volontà. Il compratore ha fatto, come doveva, la sua dichiarazione complessiva, ha indicato il prezzo; il creditore proseguente ha fatto l'aumento in relazione al prezzo denunciato. Tutto ciò è in regola. La proposta della vendita per lotti, ossia fondo per fondo, comincia a manifestarsi alla udienza nella quale si deve ammettere la *richiesta d'incanto* (articolo 731), della quale sarà nella sua successiva ordinanza esecutore il presidente (art. 731), ordinandone i modi.

Una decisione, invero antica, ma che ha acquistata qualche celebrità per essere stata quasi si direbbe il segnacolo delle discussioni posteriori (corte di Rouen, 15 luglio 1807, *Journal Av.*, tom. XXI, pag. 360), dedusse ragioni abbastanza notevoli per la negativa. Basta ricordarle.

Non è lecito, dissero quei savi, *snaturare il contratto;* il diritto di rivendita non si spinge sino a questo punto. Al fine di migliorare il prezzo a vantaggio dei creditori si è data questa facoltà o beneficio, come ivi si dice, ma non si possono permettere più rivendite dove una sola è la vendita, nè disporre di più aggiudicazioni dove unico è il contratto.

Se si ammette il sistema della divisione, il compratore è defraudato dello scopo che si proponeva di acquistare di un solo tratto più fondi, che nelle sue viste e nella qualità dei suoi affari possono avere una relazione da altri non apprezzata (1). Il compratore dovrebbe o

(1) Egli ha bisogno di questi tre fondi, perchè giacendo ognuno di essi in vicinanza di una stazione di ferrovia, vuole erigervi degli alberghi, e così evitare la concorrenza: senza ciò poco gli gioverebbe l'acquisto.

abbandonare il suo acquisto, perchè in effetto non è quello che si propose; o contentarsi di frazioni che non gli ginvano. Essere ciò contrario ad ogni principio di libertà commerciale. Nè solo sarebbe dannoso al compratore, lo sarebbe eziandio al venditore, più facilmente esposto alle azioni di regresso del compratore, e passibile del danno che da una sì violenta risoluzione il compratore viene a soffrire.

Si è risposto, che quella facoltà che i creditori hanno di far vendere a parte immobili forzatamente spropriati, devono averla di fronte a una vendita volontaria. Il diritto della rivendita è costituito, si dice, a tutto vantaggio dei creditori; d'altra parte se fu già tolta di mano al compratore la proprietà mediante l'aumento del decimo, poco deve importargli dell'uno o dell'altro modo di alienazione. Bene avrebbe diritto di dolersi se l'aumento non si facesse sull'intero: allora solo egli sarebbe, come si lamenta, posto in una falsa posizione; allora solo la condizione stessa del venditore sarebbe ingiustamente peggiorata (Chauveau, quest. 2499). È pure la sentenza di Troplong (*Des hypothèques*, n. 961 ter).

Quest'ultima ragione è decisiva. In effetto il compratore di fondi oltre carichi d'ipoteche, ch'egli non vuole soddisfare perchè superiori al valore reale e al prezzo che egli ritiene di potere esibire, va per acque note, ed offrendosi al cimento di una vendita giudiziale, ne accetta le conseguenze. Egli può avere calcolato quello che vuole, ma i suoi calcoli non avevano una stabile base, dal momento che il contratto può sfuggirgli di mano. E che mai gli resta del suo contratto dopo il rincaro? Affatto nulla. Egli è ancora proprietario: ma per poco, mentre il fondo o passerà nel creditore che ha fatto l'aumento, o dovrà *ex novo* farne egli l'acquisto all'asta pubblica, mediante no'offerta maggiore, come qualunque concorrente, perchè il suo contratto non gli presta più titolo alcuno.

2. Nelle premesse considerazioni è stabilito che l'*aumento del decimo* è sempre unico sul prezzo denunciato, salvo il diritto di vendere a parti. *Ma il creditore stesso o fideiussore che fece l'aumento del decimo non avrà diritto di opporsi alle vendite parziali che crediamo possibili?*

Lo scopo della legge è conseguito, l'interesse dei creditori è soddisfatto quando si ottiene di portare i beni all'incanto per migliorare la condizione del prezzo. Il creditore, facendo l'aumento del decimo, mostra per certo di aspirare all'acquisto del fondo, ma non è l'unico fine della sua azione: fosse anche il principale, nessun precedente giuridico che lo riguardi, lo antorizza a sostenere che egli non ha inteso di acquistare una parte, ma ha voluto acquistare l'intero: egli non è fondato per pretendere che la vendita si eseguisca in un dato modo perchè ciò è nel suo interesse.

Neppur qui si troverebbe valido ostacolo. Resterebbe però ai giudici un còmpito alquanto arduo, quello di scindere i prezzi e ragguagliarne i singoli fondi, cosa che il terzo possessore non è obbligato ma gli sarebbe lecito di fare preparando egli stesso tante vendite separate; d'ordinario non gli tornerebbe utile, se pure non fosse pentito dell'acquisto, e gli piacesse agevolarne il passaggio ad altre mani.

La disposizione dell'articolo 2053 del Codice civile finisce di persuaderci che *l'interesse dei creditori, anzichè quello del proprietario, predomina in tutto questo giudizio*; e, bisogna dirlo, ad essi e non ad altri appartiene l'immobile ricoperto delle loro ipoteche in guisa da non lasciar margine di disponibilità al nominale propietario.

Singolari e difficili combinazioni ipotecarie sorgono specialmente nei concorsi speciali, una delle quali viene esaminata dal Chauveau nella quest. 2499 ter. Ma come altra volta si disse, il grave tema delle surrogazioni ipotecarie del quale in particolar modo bisognerebbe occuparsi, non è proprio della procedura: e richiederebbe tempo e spazio oltre a quello che ci è concesso.

3. (Articolo 733, n. 8). Se si facesse la vendita per lotti, sarebbero enunciati i fondi singolarmente e i rispettivi ragguagli di prezzo.

Articolo 734.

Quando il richiedente non comparisca all'udienza stabilita nell'atto di citazione, o la cauzione non sia ammessa, o non siasi assunta l'obbligazione relativa nel termine e modo indicati nell'articolo 731, la richiesta d'incanto è nulla di diritto, senza pregiudizio delle ragioni di altri creditori che avessero fatto altra richiesta d'incanto a termini del Codice civile.

Annotazioni.

Ogni creditore iscritto agisce nel proprio interesse, e quindi più di una *richiesta d'incanto* può verificarsi. Ciò si è osservato esponendo l'art. 731. Notai che il *primo* proponente doveva esser preferito; non ci sarebbe altro criterio da seguire che la priorità. Ne troverai la conferma in Lesage, p. 559; Dalloz, *Saisie immobilière*, n° 16. Se il primo offerente cade, subentra l'altro che si trovi nelle condizioni dell'articolo; buon risultato di un inconveniente, non potendosi negare che l'accumularsi quasi simultaneo di più *richieste d'incanto* non sia una obesità imbarazzante.

Articolo 735.

Quando dopo l'atto di obbligazione di cui nell'articolo 731 il richiedente trascuri di proseguire il giudizio, qualunque creditore iscritto, e anche il nuovo proprietario, può domandare di essergli surrogato a norma dell'articolo 575.

La surrogazione ha luogo a spese e rischio del richiedente, ferma la data cauzione.

Annotazioni.

1. Questo dettato riassume la regola dell'articolo 575, accresciuto di un diritto speciale alle circostanze: quello del subingresso del *nuovo proprietario* nell'azione del creditore negligente.

L'articolo 735 fa seguito alla disposizione dell'articolo 729, di che l'ordinamento abbraccia ogni parte di questa procedura. Così si vengono succedendo e quasi rilevando quelli che hanno qualità di procedere nell'interesse del giudizio comune.

2. La surrogazione non è di diritto: ce ne aveva già ammoniti l'art. 575; bisogna chiederla ed ottenerla dal tribunale. Richiamo le osservazioni ivi esposte. E dico al tribunale, perchè deve sempre ritenersi ove la competenza *ad hoc* di un giudice delegato non sia scritta nel Codice: la delegazione è una sottrazione di facoltà al potere ordinario; non può essere che opera della legge (1).

Aggiungo col Chauveau (quest. 2491) che la istanza deve farsi in confronto sì del venditore che dal compratore, la cui citazione è sempre richiesta.

3. È rimarchevole che, sebbene per nuovo placito del Codice civile (articolo 2045) il *fideiussore* abbia facoltà di chiedere l'incanto, il *diritto di surrogazione* è riservato al creditore iscritto, come si fa manifesto dall'accordo dei due articoli 729 e 735. Se, come si deve credere, l'omissione è ponderata, si rafforza il mio argomento (V. l'art. 730) intorno la inferiorità di posizione giudiziaria che io scorgo nel fideiussore quando si tratti del contemporaneo esercizio di diritti di cui è messo a parte lo stesso fideiussore.

Contuttociò, quantunque sia da tenersi in genere questa massima, propongo una eccezione che si troverà ragionevole.

È impossibile che il fideiussore sia escluso dal diritto, almeno sussidiario, di surrogare nella continuazione della procedura il creditore che lasciò imperfetta l'impresa, e pel quale sta garante. Nulla di più logico che estendere anche a questo caso l'applicazione dell'articolo 730.

4. *Se il fideiussore possa completare la cauzione insufficiente.*

Nel progetto del Codice di procedura redatto in Francia nel 1838 per cura del dotto Pascalis, fu proposto il diritto di surrogazione a quel creditore che avesse presentato una cauzione insufficiente, semprechè la nullità della domanda d'incanto non fosse già stata pronunziata. Ne veniva per conseguenza che il surrogato assumesse la cauzione *per proprio conto*. Una surrogazione così fatta parve ai commentatori dell'articolo 833 della procedura francese trasmodante dalla sua natura; la surrogazione autorizzata dal Codice non è che la continuazione degli atti da altri incominciati e abbandonati, il primo agente non cessa dalla responsabilità: così se i suoi atti fossero meno validi, se la causa della nullità già esistesse nella procedura da lui iniziata, quello stesso vizio trarrebbe a fondo il surrogante che non potrebbe ripararvi (Chauveau, quest. 2492).

(1) In questo caso è una sottrazione del potere ordinario; perchè la delegazione sarebbe *necessaria*, non *volontaria*.

Questa dottrina, quantunque nell'aspetto rigorosa, ha un fondo di vero; in parte però si modifica.

La surrogazione è puramente e semplicemente legge di procedura (art. 575). Il creditore surrogante viene sussidiando il difetto del creditore procedente, e può soccorrere anche alla decadenza minacciata dall'abbandono, sia aggiungendo nel termine perentorio atti che si richieggono a completare quelli che si erano già messi in corso (articolo 729), sia adoperando che per altra causa non s'incorra in perenzione: coi mezzi insomma e coll'ausilio della diligenza. Ma se gli atti già eseguiti, sarebbero nulli; in altri termini, se la decadenza o la nullità *fosse già acquisita alla parte contraria*, non potrebbe venire un nuovo attore a rinnovar l'atto, facendone uno più efficace: a tale stregua non si finirebbe mai; una processione di creditori sarebbe sempre pronta, ad esempio, per sostituire cauzione a cauzione, finchè se ne trovasse una che fosse ricevibile. Pare che a tale decisione direttamente conduca l'art. 734, e vi corrisponda il senso dell'articolo 735.

A questo esame si rannoda un'altra questione interessante in fatto di surrogazione, ed è *se le spese di una richiesta d'incanto dichiarata nulla ricadano sul surrogato* o *sul surrogante*. Una opinione del Lachaise, t. II, n° 430, seguita da altri autori, vuole che le spese tutte vengano a cadere sul surrogante, per la ragione che il surrogato, il quale sapeva di poter essere rilevato da un altro creditore che si ponesse nel luogo suo per continuare la procedura, ha potuto con una specie di buona fede abbandonarla, non essendo punto obbligato di portarla a termine; ma io non posso persuadermene. Che non fosse obbligato a continuare la procedura, d'accordo, ma ch'egli non debba tenersi responsabile dei propri atti, almeno quanto alle spese, è cosa diversa. Il creditore che si presta a surrogarlo avrà anche potuto credere che gli atti del suo processo potessero sostenersi; egli difatti all'attacco li ha difesi; ma costretto a sopportarne la conseguenza nella rovinosa caduta di tutto il processo, con quale giustizia dovrebbe anch'essere obbligato a pagare le spese di quegli atti? Questo modo di vedere sembrami eziandio più consono alla teoria innanzi esposta. La procedura si prosegue nell'interesse bensì del ceto creditorio, *ma per conto del surrogato* (1); il secondo creditore non acquista perciò i diritti che il primo con regolare richiesta d'incanto e con legittima cauzione avesse già acquistati; per correlativo se quegli atti fossero irregolari, la surrogazione, come si disse di sopra, non può estendersi sino alle spese.

Non vi è punto disaccordo fra questi principii e il dettato del capoverso del nostro articolo 735. Anzi colle parole *ferma la data cauzione*, è stabilito ch'essa rimane qual è, ed il surrogante non ha altra base su cui appoggiare l'ulteriore procedimento.

L'argomento m'impone di tornare per un momento sull'articolo 575.

Ivi è detto: « Vi è negligenza quando il « creditore non adempia una formalità o un « atto di procedura nei termini stabiliti ». Questa nozione è tolta dall'articolo 722 del Codice di procedura francese. Nella camera dei deputati, all'epoca della riforma di quella parte della procedura, si elevarono forti opposizioni, perchè, secondo Persil figlio, non si era riflettuto sulla *impossibilità della pratica effettuazione*. Nondimeno i nostri legislatori, istrutti certamente di quelle storiche controversie, hanno ripetutamente insistito in questa definizione. Invero se qualche radicale, irreparabile, nullità fosse il prodotto di quella negligenza, il dettato sarebbe assurdo, privo di senso, mentre dare il permesso di continuare un processo, già nullo in radice, non sarebbe una cosa seria. Ma primieramente potrebbe trattarsi di tale negligenza che non fosse causa di nullità. Inoltre osserva egregiamente il Chauveau (quest. 2416 und. e 2492) che se vi è stata di mezzo nullità, ove questa cadesse sopra formalità di rito, e parziale, lo stesso creditore, chiedendo al tribunale la surrogazione, sarebbe in diritto di ripararvi, rinnovando gli atti nulli, e partendo dall'ultimo atto valido: il che, teoricamente parlando, risponde al disposto del nostro articolo 58. Questa dunque sarà la intelligenza di quella parte dell'articolo 575.

Articolo 736.

Chi ha fatto la richiesta per l'incanto, anche quando abbia avuto luogo la surrogazione, è dichiarato compratore per il prezzo da lui offerto, se non sia fatta un'offerta maggiore.

(1) Troplong, con idea e formola precisa, chiama il surrogante *negotiorum gestor*.

Annotazioni.

1. Viene per quest'articolo in maggior luce, che *la surrogazione procede per conto del primo creditore:* ch'egli rimane impegnato in conseguenza della propria offerta; quindi egli solo riesce nell'ultimo acquirente definitivo, *se non sia fatta un'offerta maggiore.*

Da questo sistema di continuità un altro corollario si deduce, già espresso nei più chiari termini dell'articolo 2031 del Codice civile. « La desistenza del creditore che ha richiesto « l'incanto non può impedire la subastazione, « quantunque egli pagasse l'importare dell'of- « ferto aumento, eccetto che alla desistenza « espressamente annuissero tutti gli altri cre- « ditori iscritti ».

Il decisivo impulso dato dal secondo creditore al processo di vendita può avere o non avere l'effetto desiderato, quello di migliorare il prezzo. L'incanto si effettua come il solo mezzo per cui nuove e migliori offerte possono presentarsi: al comparire d'una maggiore offerta il rincarante è liberato; la cauzione si risolve. Ma l'articolo 2031 prevede anche la *desistenza.* Se il primo creditore ha desistito *senza pagare,* è giusta la sentenza del Tarrible nº 236, che ognuno dei creditori assumendo la continuazione degli atti, ha nello stesso tempo azione per tenere il primo creditore e il suo fideiussore sotto la lore obbligazione, e impedirne lo scioglimento. Se il primo creditore *ha pagato,* gli atti continuano ancora, il valore della cauzione rimane in deposito, ed è restituito quando altro acquirente si presenti.

Per una delle più logiche finzioni di diritto, il primo creditore che mosse gli atti si considera *mandatario del ceto creditorio* (Duranton, all'art. 2190 del Codice civile francese); onde si spiega come il fatto suo, se irregolare, pregiudichi a' suoi mandanti, e come non possa ritirarsi dall'impegno una volta che ha messo ad esecuzione il tacito mandato. Se non vi è offerta maggiore, egli rimane obbligato all'acquisto.

S'intende che la sua *dichiarazione di compratore* viene proclamata nell'udienza dell'incanto, giusta l'articolo 674.

S'intende ancora che non ha luogo il rinnovamento d'incanto, preordinato dall'art. 675.

Essendovi però un compratore per maggior offerta, potrà nelle condizioni dell'articolo 689 eseguirsi la *rivendita;* fosse anche questo compratore lo stesso proprietario. Da quel momento siamo entrati in un vero processo di espropriazione, cessa del tutto l'influenza della vendita contrattuale; se il compratore diventa acquirente all'asta, è in virtù di un nuovo titolo; egli è come un altro *aggiudicatario giudiziale.*

2. Noi abbiamo veduto altrove quali conseguenze si annettano all'*offerta del sesto* nelle espropriazioni ordinarie. Le abbiamo esaminate con qualche accuratezza. Ora giova donare un riflesso alla causa della varietà che s'incontra in queste due posizioni giudiziarie. Chi ha fatto l'aumento del sesto è obbligato a promuovere gli atti d'incanto. Ma come non si può obbligare all'adempimento specifico (trattandosi di *fare*), il debito si risolve in una indennità stanziata nell'articolo 683. Chi aumenta il decimo nei giudizi di purgazione (articolo 2045 del Codice civile), non ha precisamente quest'obbligo. L'oblatore del sesto, per questo solo fatto, nulla acquista, ma fornisce la condizione di un nuovo incanto: l'oblatore del decimo, nei giudizi di cui favelliamo, diventa sulla propria offerta proprietario definitivo, eziandio non effettuandosi l'incanto. Quali le ragioni della differenza? Sono due, per quanto io veggo. La *prima,* che il creditore ipotecario agisce in certo modo sotto l'impero della necessità prodotta dalla sua situazione; agisce, come si è detto, qual mandatario in un interesse comune. La *seconda,* che lo stesso contratto presenta già una base solida di prezzo, ragguagliata (poichè la frode non si presume) a termini di corrispettività. Quindi l'aumento del prezzo è meno urgente, si ravvisa meno necessario di completare il prezzo mediante la subasta. Quanto poi all'acquisto definitivo concesso all'oblatore del *decimo* nel secondo caso, e non all'oblatore del *sesto* nel primo caso, ciò parmi un diritto speciale in vista della qualità sua e delle circostanze nelle quali opera il creditore.

3. Innanzi a questo stato di diritto, si modifica la teoria esposta alla nota 6 sull'art. 685, ove fu stabilito, che *si res perit* fra la prima e la seconda delibera, perisce *domino,* cioè al primo ed unico deliberatario, quantunque il rincaro del sesto sia avvenuto. All'incontro, è forza considerare l'oblatore del decimo, *re stante,* qual proprietario: colui che acquistò per contratto, può ripigliare la sua posizione nella gara dell'asta con sagrificio di più alto prezzo, ma intanto è esautorato; è virtualmente decaduto dal suo acquisto.

4. Anche a questo compratore è applicabile la disposizione dell'articolo 2049 del Codice civile, del quale si farà parola esaminando il seguente articolo 739.

5. Notai di sopra che, arrivato a questo punto il processo, si opera una vera spropriazione. La *spropriazione del debitore antico*, del proprietario cioè che ha venduto nullamente e senza profitto. Il compratore ha finito la sua momentanea comparsa, gli restano alcune appendici di diritto, delle quali si terrà conto nello studio dell'articolo 739, ma egli si ritira e restituisce il fondo. Qualunque sia il nuovo e definitivo compratore, esso ha causa direttamente dal primo proprietario, anche per gli effetti dell'articolo 686.

Ancorchè non segua l'incanto perchè al rincarante non piace il continuare (e ordinariamente non piace se si trova utile avere il fondo a quel prezzo), e niun altro creditore si faccia avanti, dovrà nonostante aver luogo l'aggiudicazione per mezzo di sentenza, in relazione all'articolo 685. Lo stesso oblatore del decimo (non mai il fideiussore) potrà chiedere quella pronunzia, citato il vecchio e il nuovo proprietario, e intervenienti i creditori ipotecari, se ad alcuno giovi. Tale sentenza è di tutta necessità anche per la *trascrizione* ordinata dall'articolo suddetto nell'ultimo capoverso.

6. Non sarà inutile qui ricercare se le persone che si devono citare o notificare in questo speciale giudizio, lo siano ai loro domicili reali, coll'organo dei loro procuratori, o in altra forma.

Il giudizio di *purgazione delle ipoteche* divisato in questo Capo non ha precedenti, non si svolge da un altro giudizio come una delle sue fasi terminative, quale sarebbe quello di graduazione o liquidazione del prezzo, prodotto finale della espropriazione. Come nuovo e sostanziale, questo giudizio s'introduce fra le parti: ma essendo causa di tribunale, l'istante costituisce il suo procuratore (articolo 728 in fine). Il primo atto con cui il terzo possessore si mette in comunicazione colle parti opposte è quello prescritto dall'articolo 2043 del Codice civile; la dichiarazione *si notifica ai creditori iscritti al domicilio da essi eletto nella giurisdizione del Tribunale da cui dipende l'ufficio delle ipoteche* (articolo 1987, n° 2, del Codice civile). La notifica al *proprietario* si farà al domicilio reale.

La citazione indicata nell'articolo 730 è introduttiva di un giudizio che si considera separato e principale, e non vi può essere attribuito il carattere d'incidente; esso d'altronde comprende ciò che vi ha di più interessante nel giudizio medesimo. Quindi è che, sebbene l'articolo 730 non dichiari che *la citazione deve eseguirsi personalmente*, io ritengo che non il procuratore, ma piuttosto la parte stessa debba citarsi al domicilio che ha dovuto eleggersi secondo l'articolo 2044 del Codice civile. Il *precedente proprietario* non può esser citato che al suo domicilio reale; e non è senza significato, per comprendere il carattere del giudizio, osservare la larghezza del termine (articolo 730, n° 1).

È d'uopo convenire che, quantunque il Codice si proponga in principio di dividere i giudizi nelle due grandi categorie di *formali* e *sommari*, vi hanno poi tante specialità e misture di forme che non acconsentono quella distinzione così netta e precisa; e fra gli stessi giudizi di carattere esecutivo s'incontrano spesso modalità proprie della varia loro natura ove la relazione coi principii generali sembra mancare, e bisogna governarsi con norme d'analogia e colla ragione che anche in procedura vale qualche cosa.

Il *precedente proprietario*, citato giusta il ripetuto articolo 730, deve costituire il suo procuratore (art. 390). Il proprietario nuovo e presente lo avrà già costituito in obbedienza dell'articolo 728; ma il procuratore, per mettersi in azione, deve produrre il suo mandato.

Dirò una parola della contumacia per richiamare l'articolo 573, sotto l'influenza del quale si vive ancora in un giudizio di spropriazione.

Articolo 737.

Le eccezioni di nullità contro gli atti indicati nell'articolo 729 devono proporsi nel termine stabilito ai creditori per depositare nella cancelleria le domande di collocazione, con citazione del proprietario procedente e del nuovo a comparire all'udienza del tribunale nel termine di giorni dieci.

Le eccezioni di nullità relative alla richiesta di incanto devono proporsi all'udienza stabilita per comparire davanti il tribunale, affinchè sia provveduto sopra di essa.

Le eccezioni di nullità degli atti posteriori alla sentenza che ammette la richiesta d'incanto devono proporsi nel termine e nei modi stabiliti dall'articolo 695.

Annotazioni.

1. Tre ordini di nullità sono contemplati in questa legge: 1° degli atti preliminari e introduttivi del giudizio di purgazione anteriori alla richiesta d'incanto; 2° degli atti che riguardano il secondo periodo in cui si discute dell'aumento e del diritto d'incanto; 3° degli atti posteriori alla sentenza *che ammette la richiesta d'incanto*.

I termini, oltre i quali la eccezione diventa improponibile, sono fissati.

Quelle del primo ordine devono proporsi nei quaranta giorni che si assegnano ai creditori a produrre le loro domande e i loro titoli dall'articolo 728. Vediamo qui ripetersi il lodevole sistema dell'anticipato apparecchio della graduazione inaugurato nell'art. 666, n° 5. Il termine dei quaranta giorni, speciale a questa procedura (1), decorre dalla notificazione prescritta dall'articolo 2043 del Codice civile. Ed è contenuto nel termine ordinariamente maggiore che s'interpone dalla notificazione del bando all'udienza dell'incanto, dichiarato nell'articolo 666, n° 3.

Può nondimeno accadere che non vi sia stata nè richiesta d'incanto, nè pubblicazione di editti; contuttociò devono sempre scorrere i quaranta giorni (articolo 2043 del Codice civile), che è un lasso di sospensione che tanto giova ai creditori per ammannire i loro titoli, quanto profitta a chi vuole a suo agio riflettere sulla convenienza di farsi richieditore dell'incanto e acquirente coll'aumento del decimo. Così armonizzano i due termini; ne verrebbero ad incrociarsi se non nel caso che si fosse promossa la domanda dell'incanto molto celeremente, e l'udienza provocata secondo l'articolo 730 cadesse prima dei quaranta giorni. Certamente scopo della legge è stato di distribuire il tempo in guisa che codeste querele di nullità si venissero svolgendo, per dir così, su piani successivi, o pare non abbia preveduto questo avvenimento. Inconveniente sarebbe, già si comprende, che dopo venti giorni, per esempio, si proponesse l'udienza ove si deve o no ammettere la istanza per l'incanto, mentre ancora avanzasse tempo a dedurre la nullità degli atti preliminari del giudizio. L'inconveniente potrà essere temperato dal senno dei giudici che, avvisando al pericolo, sospendano la pronunzia sino al trascorrimento intero dei quaranta giorni.

Quanto alle eccezioni di nullità del secondo ordine non occorre osservazione; e si fa manifesto che vi sarebbe decadenza, quando la nullità non fosse allegata prima della discussione del merito.

Il terzo ordine delle nullità non riguarda che gli atti *posteriori alla sentenza*. Se la nullità fosse nella stessa sentenza, non si avrebbe rimedio che l'appello, se e come potesse aver luogo.

Le eccezioni della seconda maniera si propongono con comparsa o conclusione scritta, o anche verbalmente, per autorità del primo, capoverso dell'art. 737: le altre per citazione.

Articolo 738.

Le sentenze che rigettano le eccezioni di nullità indicate nel secondo capoverso dell'articolo precedente non sono soggette ad appello.

Le sentenze che pronunziano sopra le altre eccezioni di nullità indicate nello stesso articolo sono appellabili.

L'appello si propone a norma dell'articolo 703.

Annotazioni.

1. Si sarebbe potuto dire, con una espressione generale, che tutte le sentenze che si pronunziano nel giudizio di purgazione (fecondo quant'altri mai di rilevanti questioni) sono appellabili, eccettuate quelle che versano sopra le *eccezioni di nullità posteriori* alla sentenza che *ammette alla richiesta d'incanto*.

Quanto alle persone da citarsi, diciamo anche qui che il giudizio di appello prosegue fra quelli ch'ebbero briga della nullità. Ciò è in perfetto rapporto cogli art. 703 e 725. Quindi sebbene la massa dei creditori abbia sempre interesse sull'esito della controversia, ciò non conclude alla necessità di citarli, fuorchè in questi due casi: 1° che i creditori siano fra gli istanti o gli opponenti in prima istanza; 2° che

(1) Nella ordinaria di spropriazione non è che di trenta giorni (articolo suddetto 666, num. 5).

sia preso di mira il loro diritto particolare, come oggetto dell'appello. Devono però sempre citarsi i due proprietari, il vecchio e il nuovo, se alcuno di essi non sia lo stesso appellante.

Tanto più questi canoni di ragione giudiziaria dovranno applicarsi, che un giudizio di purgazione, a differenza di quello di graduazione, piuttostochè definire i mutui rapporti di diritto dei creditori, non tende che a proporre i mezzi di soddisfarli; il perchè un vero interesse contrario nella massa non si può dire che esista. Solamente il dualismo si manifesta intorno alla quantità della somma che il proprietario vorrebbe restringere dentro la propria offerta, che è quella del prezzo convenzionale, laddove ai creditori preme di aumentarla.

Si aggiunge, specialità di questo giudizio, che il creditore che forzò il prezzo coll'aumento del decimo, e diede cauzione, sembra agire, sotto questo aspetto almeno, nell'interesse comune, come si è osservato più sopra, onde si può dire rappresentare in appello il ceto creditorio.

2. Ma tanta è la varietà dei casi, che qualche creditore potrà convincersi, correndo l'appello, della necessità di proporre difese (escluse sempre domande nuove, propriamente tali) nel suo particolare interesse. Vera è quella massima insegnata dal Chauveau: *en première instance l'intervention sera recevable, mais en appel il ne suffit pas d'avoir de l'intérêt, il faut avoir un droit*, massima da noi spesso ricordata, e capitale nella procedura d'appello. Per altro la posizione dei creditori iscritti, nei giudizi di espropriazione, di graduatoria, e nel presente, è di maniera ch'essi si ritengono già in causa, quantunque non si trovino compresi fra coloro che litigano sopra un dato punto, in qualche controversia incidente, e quindi non occorra citarli in appello. Ma anche non citati, possono intervenire nominatamente, deducendo bensì la ragione, ossia l'interesse che li muove, ma è molto facile che questo *interesse* sia un *diritto*, secondo la espressione di Chauveau, e che *ad essi competa opposizione di terzo*, che è la condizione voluta dall'articolo 491 (1).

3. Parmi anche dover segnalare la differenza, sapientemente avvisata dal legislatore, fra codeste eccezioni. Qual è mai il soggetto delle eccezioni di nullità *posteriori alla sentenza*, se non le contestazioni della forma in atti di mera esecuzione? Ma quelle superiormente accennate sono di tutta sostanza, mentre o attaccano le basi stesse del giudizio, o le condizioni vitali per le quali sole può verificarsi la spropriazione di un acquirente legittimo.

Articolo 739.

Quando l'incanto non sia domandato nel tempo e nel modo stabilito dalla legge, le produzioni fatte dall'acquirente e dai creditori iscritti, continuano a restare depositate nella cancelleria, per essere esaminate dagli interessati, durante giorni quindici da quello in cui il valore degli immobili sia rimasto definitivamente stabilito a norma dell'articolo 2046 del Codice civile.

Decorso il detto termine, il cancelliere deve, nei cinque giorni successivi, consegnare al giudice delegato per la graduazione tutte le carte relative alla medesima.

Annotazioni.

1. La decorrenza dei quindici giorni si toglie dal punto in cui *il valore degli immobili sia rimasto definitivamente stabilito a norma dell'articolo* 2045 *del Codice civile;* e precisamente, *scorsi i quaranta giorni* prefissi dall'art. 2040 dello stesso Codice. Quali siano o debbano essere le produzioni *fatte dall'acquirente e dai creditori iscritti*, si è visto negli articoli 727 e 728.

2. *Liberazione del fondo dalle ipoteche.*

Qui la legge del rito ci abbandona: ma a compiere le nostre idee ci soccorre il Codice civile e la ragione giuridica onde s'informa. Facciamo adunque qualche passo più avanti, certi di non uscire dal nostro argomento.

L'art. 2046 del Codice civile, capoverso 1°, enuncia nettamente il principio. « L'immobile « resta liberato dalle ipoteche relative ai cre-

(1) Io credo in questo punto di vista si ponesse la corte di Parigi (18 febbraio 1826), che, discutendo dell'intervento del creditore iscritto, si fece appoggio dell'interesse: sentenza censurata dal Chauveau (quest. 2495 bis).

« diti che non possono venire soddisfatti col « prezzo ».

Il prezzo fu già determinato nell'offerta (articolo 2043, n. 2): il silenzio dei creditori lo ha approvato. Se vi fu opposizione, se la liquidazione del prezzo non passò senza contrasto, dal momento che è stato definito, è insieme stabilita la misura dei pagamenti e la sorte dei creditori. Degli interessi del prezzo si è discorso intorno all'articolo 728.

« Riguardo alle altre ipoteche, continua « l'articolo 2046, l'immobile ne è liberato a « misura del pagamento dei creditori utilmente collocati, o mediante deposito nei « modi indicati dal Codice di procedura civile » (articoli 719, 722, 723).

Io ho supposto che i creditori ipotecari abbiano fatto opposizione alla liquidazione del prezzo, senza nè domandare la nullità della denuncia e notificazione, e senza chiedere il nuovo incanto. Ciò è possibile: non respingendo la domanda, come si farebbe nel primo caso, e non togliendo di mano al possessore il fondo, come si farebbe nel secondo.

3. *I creditori chirografari possono criticare il prezzo.*

In questo aspetto la stessa opposizione dei creditori chirografari è possibile. Non lo sarebbe sotto l'influenza di un principio diverso. Se non si potesse mai disputare sulla somma del prezzo senza o impugnare di nullità la denuncia o la richiesta d'incanto, nè l'uno nè l'altro sarebbe permesso a creditore non iscritto o al suo fideiussore. Ma sulla *quantità del prezzo* i chirografari possono spiegare, secondo le circostanze, un interesse diretto; e pur senza la corazza del creditore ipotecario, combatterne la liquidazione. Questa teoria è stata dimostrata da Troplong (*Des hypothèques*, n. 947 ter), al quale posso rinviare per brevità il lettore.

4. *Limitazione della regola stabilita nel citato articolo 2046, quando esistano vizi nel contratto di vendita contro il quale i creditori intendono esercitare le loro azioni.*

L'esercizio di questo diritto dei creditori si vede apertamente essere diverso da quello di rincarire e chiedere l'incanto, come più volte fu deciso dalla cassazione francese (decisione del 14 febbraio 1826, 19 agosto 1828, 2 agosto 1836, Dalloz, tom. XXVI, part. I, pag. 167, tom. XXVIII, part. I, p. 392, tom. XXIX, part. II, pag. 184). Era comune nel vecchio diritto francese, le *lettere di ratifica* non purgare i vizi dell'alienazione, e anche dopo il *sigillo delle lettere* potersi intentare azioni di rivendicazione e di nullità del contratto.

Ma s'intende entro certi limiti. Se fossero già consumate tutte le formalità della purgazione sino alla distribuzione del prezzo, colui che acquistasse da quel proprietario che di questa guisa purgò l'immobile, e ottenne la completa adesione dei creditori, quell'acquirente sarebbe in buona fede, e non potrebbe essere molestato (Troplong, num. 957 bis).

5. *Diritti del compratore spossessato verso il venditore e verso l'aggiudicatario giudiziale.*

Articolo 2049 del Codice civile. « Il com« pratore all'incanto, oltre al pagamento del « prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, « è tenuto a rimborsare l'anteriore acquirente « delle spese del suo contratto, della trascri« zione della iscrizione voluta dall'art. 2042, « dei certificati del conservatore, della notifi« cazione e della inserzione. Sono parimente « a carico del compratore le spese fatte per « ottenere l'incanto ».

Esiste un aggiudicatario giudiziale, ossia colui che aumentando il decimo trasse a sè la proprietà del fondo (articolo 736), o un deliberatario che ha superato la gara dell'asta. Altra volta si è detto che questo acquirente ha causa immediata dall'antico e non dal nuovo proprietario per tutte le conseguenze giuridiche del passaggio del dominio, non restando fra quest'ultimo e il deliberatario giudiziale che il còmpito delle spese impiegate ad uno scopo che non è riuscito, dei frutti interinalmente percetti, dei miglioramenti e deterioramenti se ce ne sono. È importante il seguente passaggio di Grenier: « De ce prin« cipe il résulte une conséquence infiniment « importante, c'est que l'immeuble adjugé « n'est nullement sujet aux créances et hypo« thèques *personelles à l'acquéreur.* Les seuls « créanciers du vendeur ont droit au prix de « l'immeuble, c'est-à-dire au montant de « l'adjudication. La vente subsiste en faveur « de l'adjudicataire, moyennant ce prix, et « tous les droits de recours et garantie, rela« tivement à la propriété que l'acquéreur au« rait pu exercer contre le vendeur, l'adjudi« cataire peut les exercer lui-même. Il ne « reste enfin à l'acquéreur que l'action contre « le vendeur, à raison des dommages et inté« rêts, et des suites de l'éviction » (num. 470).

Pensa Delvincourt che l'acquirente spossessato possa pretendere ristoro dei miglioramenti, *quatenus res facta sit pretiosior* (t. VIII, pag. 188), e Tarrible, che abbia per questo oggetto il diritto di ritenzione (num. 238).

Effetto del totale annullamento del contratto è il rimborso delle spese che il compratore convenzionale ha sostenute, perchè non

bisogna dimenticare che fu un compratore legittimo. Le spese del giudizio e tutte le altre che il primo compratore fece per causa di esso, sono a carico dell'aggiudicatario giudiziale (articolo 2049). Con ciò si dimostra, che le spese del giudizio esecutivo non incombono ai creditori: l'acquirente deve averle calcolate nell'economia della sua offerta, ma propriamente non fanno parte di prezzo. Resta a vedere se il creditore che, rincarando il prezzo, è divenuto acquirente (art. 736), sia ugualmente tenuto. E così si deve conchiudere, per essere nella condizione medesima di ogni altro acquirente giudiziale (1).

Articolo 740.

Le disposizioni contenute nei due capi precedenti sono applicabili ai giudizi di vendita e di graduazione, che fanno seguito all'istanza di purgazione, salvo le disposizioni speciali contenute in questo capo.

TITOLO IV.

DELL'ESECUZIONE PER CONSEGNA O RILASCIO DI BENI.

Articolo 741.

Quando la parte condannata a consegnare un oggetto mobile o a rilasciare un immobile non eseguisca la sentenza nel termine stabilito, o, in difetto, entro giorni dieci dalla notificazione del precetto, si procede nel modo prescritto dai capi seguenti.

Nel precetto si fa alla parte condannata l'intimazione di consegnare i mobili, o di rilasciare gli immobili nei giorni dieci successivi, e l'avvertimento che, in difetto, si procederà all'esecuzione forzata.

Annotazioni.

La esecuzione avvisata in questo Titolo è fondata nel diritto *in re*, e non semplicemente *ad rem*, quale stromento di soddisfazione, giusta il fine ordinario degli oppignoramenti. Quindi si doveva proporre un modo facile ed istantaneo per riavere le cose corporali che ci appartengono; e vi si è provvidamente pensato in questa parte del nuovo Codice. (Intorno ai caratteri proprî di quest'istituto V. le nostre Annotazioni agli articoli 745, 746).

La base è sempre un giudicato; e il nostro articolo ci fa sentire che tali ingiunzioni sono eseguibili entro un certo tempo, in un termine solito ad assegnarsi nella stessa sentenza, termine che, com'è naturale, decorre dalla notifica.

È un ramo anche questo del grand'albero delle esecuzioni forzate; e per le norme primarie bisogna ricorrere al Titolo I di questo Libro tutto dedicato a tali giudizi. Alcuni proposti appena accennati hanno in quello il loro significato, ivi assumono la loro forma. Il termine assegnato dal tribunale sembrerebbe essere susseguito da un secondo termine, che è di *dieci giorni* dalla notifica del *precetto*. Deve dunque farsi il precetto, in certi casi almeno,

---

(1) Io trattai diffusamente di questa materia scrivendo nel *Commentario al Codice di procedura civile sardo*, t. V, part. II, pag. 95 a 158, al quale mi permetto rinviare chi non fosse pago della brevità alla quale ho dovuto tenermi in questo annotamento.

e la sua conformazione sarà quella precisata dall'articolo 563, modificata di ragione secondo il nuovo e particolare suo oggetto.

O si tratti di mobili o d'immobili, la sentenza può concepirsi emanata da qualunque autorità giudiziaria, per quanta è la propria competenza. Vedremo all'articolo 744 che la cognizione delle controversie relative appartiene all'autorità giudiziaria che ha proferita la sentenza. Poichè *l'elezione del domicilio è necessaria* (art. 563, num. 2), non seguiremo più la distinzione dei *mobili* o degli *immobili*, ma piuttosto quella della competenza statuita, come si è detto, non dalla qualità delle cose, ma da quella del magistrato che ne ordinò la consegna.

Ho adombrato un dubbio che ora risolvo. L'articolo 565, che è uno dei più chiari e del meglio redatti, decide che, eseguendosi la sentenza entro un certo termine, la spedizione del precetto non è necessaria ove nella sentenza sia prescritto il tempo in cui dovrà *consegnarsi il mobile*, o *rilasciarsi l'immobile*. Se il magistrato fosse proprio tenuto, e sempre tenuto, ad esprimere il termine, non avrebbe più senso quella parte dell'articolo 741, ove si parla del *precetto* e dei *dieci giorni* di aspettazione che ne seguono. Deve dunque conchiudersi, per la desiderabile armonia dei proposti legislativi, che il magistrato può e, senza nota di nullità, può anche non assegnare il termine, e per ciò farsi luogo al precetto. Ma dove sta il dubbio? Solo in quel modo di dire (ah! i modi di dire in procedura sono una gran cosa) *quando... non eseguisce la sentenza nel termine stabilito*, o, IN DIFETTO, *entro giorni dieci dalla notificazione del precetto...* Al buon senso del lettore si presenta tosto l'idea che un secondo termine sia accordato oltre quello assegnato dalla sentenza, *al cui adempimento si faccia difetto:* eppure non è così. Quello che vuol dire e dovrebbe dire il testo, si è *quando la parte... non eseguisce la sentenza nel termine in essa stabilito, ovvero nei dieci giorni dalla notifica del precetto, se termine non fosse stabilito dalla sentenza...* (1), onde la frase *in difetto* non si riferisce più alla esecuzione, ma alla formola della sentenza.

Perchè dunque abbia il suo effetto il dettato dell'articolo 565, che, generale, come regola, e speciale quanto al subbietto, non potrebbe avere d'altronde applicazione, bisogna dire che la ingiunzione del capoverso del nostro articolo 741 non è tassativa, ma suppletiva, mancando cioè l'assegnazione del termine nella sentenza. Altri casi sono osservabili nello svolgimento pratico. Se il termine assegnato dal giudice sia trascorso, e il debitore sia rimasto per un certo tempo nel possesso, forse nella buona fede di una proroga tacita, la spedizione del precetto, o la rinnovazione del precetto spedito, sarà di tutta regolarità.

Provvede già l'articolo 565 (capoverso) sulla forma della elezione del domicilio. Ma nessuna ingiunzione sarà necessaria? Necessaria, nessuna: parla la sentenza e parla la legge: il debitore è diffidato abbastanza. Facile però è il vedere che sarà sempre utile cautela dichiarare nell'atto di notificazione che passato il termine assegnato, sarà senz'altro mandata ad esecuzione la sentenza.

CAPO I.

DELLA CONSEGNA DEI BENI IMMOBILI.

Articolo 742.

Per la consegna di beni mobili l'usciere si trasferisce nel luogo in cui si trovano, e ingiunge alla parte condannata di eseguire immediatamente la sentenza.

---

(1) L'articolo 898 del Codice di procedura civile del 1859, non chiaro, è stato alquanto guasto dalla nuova redazione. Ivi non si parlava del precetto, e ciò faceva meno equivoco.

Se la parte ricusi o non sia presente, i mobili indicati nella sentenza sono rimessi alla parte a cui deve farsi la consegna.

Sono applicabili a questa esecuzione le disposizioni degli articoli 594 e 596.

Annotazioni.

1. Essendo questa forma di esecuzione autorizzata da sentenza, e non potendo avere altra causa giuridica (1), il titolo esecutivo è la sentenza stessa notificata al debitore come punto di partenza del termine. Laonde non è stato mestieri ripetere il disposto dell'art. 562.

2. L'articolo 578 non è richiamato, ma, in fatto di mobili specialmente, potrà prestare utile e non infrequente soccorso. È quindi applicabile.

3. *Dell'opposizione.*

Importa il sapere se l'*opposizione del debitore* sia in questa natura di giudizi ammissibile. Noi crediamo che l'opposizione, già sancita negli articoli 578 e 600, sia di diritto, eziandio non esistendo il *precetto* che infine non è il termine logico della opposizione, potendo lo stesso precetto essere contenuto nelle ingiunzioni della sentenza, e non aver d'uopo del fatto ulteriore e confermativo della parte, giusta il citato articolo 565. Non occorre dichiarare, che l'opposizione non può ferire il giudicato, e deve starsene, secondo la propria ragione di essere, nei limiti della esecuzione; ma se, ad esempio, i mobili fossero già stati consegnati, o i libri che si vogliono sorprendere nel mio fondaco furono per causa legittima trasportati in altro luogo, supponiamo per unirli ad altri documenti per i quali si sta compilando un inventario legale, io potrò bene difendermi dall'oltraggio di una perquisizione che mi viene minacciata in casa mia, opponendomi o contrastando la esecuzione.

Parmi aver toccato nei luoghi opportuni, che la materia della opposizione ad una ingiunzione esecutiva non ha confini così esattamente determinati che non sia lecito disputarne. La *integrità del giudicato* è la regola prima e costante: quanto ai diversi modi o di pagamenti, o sulla cessazione dell'azione per fatti o anteriori o posteriori della sentenza, che sogliono essere la materia della opposizione, non pochi i dubbi; ma non possiamo rinnovare la discussione. In fatto di restituzione di mobili, può presentarsi qualche singolarità. Sono mobiglie che Tizio deve restituire, e forniscono la sua casa d'affitto; forse il locatore, per sostenere il suo diritto immanente di privilegio, contrasta il trasporto di quelle mobiglie: sarà giudizio di opposizione? Se alla *opposizione* si vuole conservato il suo carattere di *eccezione sollevata dal debitore contro gli atti esecutivi* che gli sono minacciati, l'azione del locatore si dirà piuttosto formare un giudizio principale indipendente dal giudicato e nuovo, ad ogni modo lo scopo sarà pur quello di sviare e d'impedire l'esecuzione, quantunque provenga dal fatto di un terzo.

L'autorità del giudicato non è mai lesa dall'azione dei terzi. Dal lato dello stesso debitore può eccitarsi questione, che sebbene tenda a inabilitare la disposizione del giudicato, ne rispetta il volere, e solo mostra che il fatto è venuto in tale condizione che il giudicato stesso non potrebbe eseguirsi giusta la mente sua. A cagion d'esempio, se il condannato provi per un fatto posteriore al giudicato in lui trasferita la proprietà dei mobili, quella proprietà ch'egli sostenne presuntivamente in forza dell'articolo 707 del Codice civile (2), e fu respinto nella sua allegazione. L'autorità del giudicato non sarebbe lesa da una tale discussione.

4. Non richiamato, anzi in sembianza di studiosamente evitato, l'articolo 595 mi sembra tuttavia applicabile. Per qual ragione la parte istante non potrebbe assistere in persona a siffatta operazione dell'usciere? Il testo dice: sono rimessi (i mobili) alla *parte a cui deve fare la consegna.* Perchè no alla parte presente? Il mobile consiste in uno scrigno di diamanti e in altri oggetti preziosi. Non sarà più spedita l'operazione, cessando così ogni pericolo nell'indugio, consegnandosi immediatamente dall'usciere al suo proprietario che lo rivendica? Finisce di convincerne ciò che nel seguente articolo si dichiara, ove si vogliono osservate le formalità del num. 2 dell'articolo 597.

(1) Escluse cioè le altre due categorie di titoli esecutivi (articolo 554, num. 2 e 3).

(2) « Il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo ».

Articolo 743.

L'usciere fa processo verbale dell'esecuzione, il quale oltre le formalità stabilite dai numeri 1°, 2°, 3°, 4° e 5° dell'articolo 597, deve contenere:

1° La descrizione dei mobili sui quali cade l'esecuzione;

2° La menzione della consegna fatta a norma dell'articolo precedente.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai testimoni e dall'usciere.

Se la parte condannata alla consegna non sia presente, copia del processo verbale le è notificata nel termine di due giorni successivi al medesimo. Questo termine è quello stabilito nei numeri 3°, 4° e 5° dell'articolo 147, e 4° e 5° dell'articolo 148, secondo che il luogo in cui si è fatto, e quello in cui è notificato alla parte condannata siano compresi in diversi mandamenti, o in diverse giurisdizioni di tribunali o di corti d'appello.

Annotazioni.

1. « La menzione della consegna », cioè se avrà avuto luogo. La parte istante potrebbe non esser presente.

I mobili da restituirsi possono essere sparsi in più luoghi, a smisurate distanze nella vastità del nostro regno. La legge lo prevede, e misura il tempo entro il quale deve farsi la notificazione del processo verbale. Non si parla che di *un processo verbale* e di *una notificazione*. Ma i processi verbali ove le cose siano nel Veneto, in Sicilia ed in Sardegna, saranno più d'uno, e redatti da diversi uscieri. Bisogna dunque intendere che le notificazioni saranno anche moltiplici, tanto più che possono i verbali essere eseguiti a intervalli di tempo; onde il termine si conterà per ognuno di essi secondo la prescrizione dell'articolo, a comodo del notificante; ed ogni atto di notifica sarà così rispettivamente regolato.

2. Il possesso del mobile *dev'essere attuale* nel debitore della restituzione o consegna; passato il possesso ad un terzo, la esecuzione non è più possibile. La sentenza di consegna darebbe fondamento ad una nuova azione, a quella dei danni ed interessi (Carré, q. 2815).

Articolo 744.

Il processo verbale è depositato immediatamente nella cancelleria della pretura per essere unito alla sentenza. Se la sentenza non sia stata pronunziata dal pretore del mandamento in cui fu eseguita, il cancelliere deve trasmettere al detto fine, nel termine di dieci giorni dall'esecuzione, il processo verbale in originale al cancelliere dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza.

Annotazioni.

Rimasi in forse se per questo articolo non fosse portata una grave modificazione al sistema della competenza. Il processo verbale è sempre prodotto nella cancelleria *dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza per esservi unito*. Dubitai che codesto indirizzo della produzione del processo verbale non fosse argomento a dimostrare che l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza, sia pure competente *a conoscere delle controversie* che intorno a questo genere di esecuzioni possono sollevarsi. Nelle esecuzioni pignoratizie il processo verbale si deposita immediatamente dall'usciere nella cancelleria del pretore locale (articolo 604). Mi passò per la mente che una esecuzione di questa maniera, rapida, istantanea a differenza della esecuzione pignoratizia che si sviluppa lentamente in una data circoscrizione territoriale, non avesse d'uopo di quella costante applicazione dell'autorità locale che quasi vi presiede e la sorveglia, parata sempre a imprimervi la direzione del suo senno e della sua giustizia.

Il dubbio si avvalora per un'altra considerazione. I mobili, di cui è ordinata la restituzione, possono essere sparsi in molti luoghi,

secondo la ipotesi stessa fatta dalla legge: ciò è ben possibile, se, ad esempio, un'amministrazione di una casa di commercio avesse più sedi in distanti regioni del regno. Tutte queste fila dovrebbero far capo a quell'antorità da cui parte l'ordine generale, e dalla quale tutto questo moto dipende. Vi è di più. Le *controversie sulla esecuzione* possono essere di due maniere. In quanto cadano sul materiale della esecuzione, e allora non è incongruo che il giudice locale accorra a deciderla; o in quanto involvano una parte o appendice o reliquia del merito: e sarebbero appunto di quei casi che abbiamo accennati parlando dell'articolo 742. Poste codeste esecuzioni moltiplici, potriano nascere sentenze diverse, contraddittorie: per cui sembra buon ordinamento quello di concentrare la somma nell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza, miglior interprete della propria decisione.

Ho dovuto nondimeno risolvermi per l'applicazione dell'articolo 570, perchè, essendo generale in materia di esecuzione, estende il suo legittimo dominio anche su questa specie del genere esecuzione (*saisie-revendication*): onde, senza una deroga formale, non potrebbe credersi venuta meno la virtù sua; perchè il fatto della produzione del verbale, che tiene più alla disciplina che al sostanziale giudiziario, non sarebbe abbastanza eloquente per dimostrare l'abrogazione dell'articolo 570; perchè l'esercizio della giurisdizione locale sarà bensì più limitato, ma non può dirsi mancare di scopo, mentre in siffatte esecuzioni eziandio può trovarsi necessario l'impero del giudice del luogo, come nel caso del già richiamato articolo 596; perchè se è vera la notata distinzione fra controversie di forma e di sostanza nello stesso tema esecutivo, vero è ancora che il *giudizio sulla opposizione* viene espressamente demandato dall'art. 579 alle autorità locali e non al giudice che pronunziò la sentenza portata ad esecuzione; finalmente perchè il pericolo di decisioni varie ed opposte, quantunque remoto, esiste bensì, ma, oltrechè vi sono leggi che regolano tali conflitti, presso a poco lo stesso pericolo s'incontra nelle esecuzioni pignoratizie.

Un ultimo argomento. Dato che l'autorità competente nei giudizi di esecuzione fosse quella che pronunziò la sentenza, sarebbe costituita al tribunale di commercio una facoltà che non gli appartiene per ragioni inerenti alla qualità della sua giurisdizione; e questo non è affatto possibile.

CAPO II.

DEL RILASCIO DEI BENI IMMOBILI.

Articolo 745.

Per il rilascio di beni immobili l'usciere notifica alla parte condannata il giorno e l'ora in cui si recherà sul luogo per la esecuzione.

La notificazione è fatta due giorni almeno prima dell'esecuzione, e vale citazione alla parte condannata affinchè possa trovarsi presente.

Articolo 746.

Nel giorno e nell'ora stabiliti, sul luogo dell'esecuzione l'usciere immette l'istante in possesso dell'immobile indicato nella sentenza, ingiungendo alla parte condannata di non turbarlo, e di non più ingerirsi nell'immobile rilasciato, sotto le pene stabilite dal Codice penale.

Se vi siano coloni, affittuari, inquilini o altri detentori, l'usciere deve fare riconoscere anche da essi l'istante come proprietario o possessore.

È applicabile a questa esecuzione quanto è stabilito negli articoli 594 e 596, parte prima.

Annotazioni.

Dei caratteri generali di questo istituto.

Raccolgo qui le non molte ma non inutili considerazioni che occorrono a ben definirlo.

La *saisie-revendication* dei francesi deve aver prestate delle idee ai nostri legislatori; ma toccando di alcune differenze che s'incontrano nelle due legislazioni, comprenderemo ancor meglio la natura di questo istituto, che non ha mai avuto l'onore di speciali considerazioni.

La *saisie-revendication* è un'azione che si svolge da due diversi diritti reali: *dal diritto di proprietà e dal diritto di pegno.* « Notre « droit, ha detto il Boitard, reconnaît une re- « vendication de propriété et une revendication « de possession a titre de gage. La saisie-re- « vendication de notre titre a pour but d'as- « surer l'efficacité de toutes ces demandes de « revendication, en empêchant le détenteur de « faire disparaître le meuble en litige pendant « la durée de procès » (*Leçon de procédure*, num. 1090). Quindi, egli continua, quell'azione non cade che sui mobili.

Parlando di questo soggetto il Roger, e ricercando in quali condizioni giuridiche debba quest'azione accordarsi, e tenendo ferme le due basi di diritto già ritenute dal Boitard, ne applica il concetto al proprietario che non è più in possesso della cosa, e ha ancora diritto di ricuperarla, come se spogliato per furto, trufferia e abuso di confidenza; al proprietario di una casa o di una terra dalle quali il mobile fu tolto senza il suo consenso; al venditore del mobile non pagato se non si ebbe fede del prezzo, cioè senza dilazione al pagamento. Possono aggiungersi il comodante, il depositario, il locatario e simili. Questo accurato scrittore rimprovera a Pigeau e a Thomine l'errore di credere che *ogni creditore* abbia pari diritto, dacchè il mobile appreso per soddisfare i suoi crediti sia amosso, trafugato, portato altrove: sostiene il Roger, che essendo fondata quest'azione *in un diritto reale*, non si estende ad altri che hanno nella procedura diversi e appositi rimedi (*De la saisie-arrêt*, num. 41).

Quest'azione, esercitata in una maniera facile e pronta, dai periti della procedura è riputata utilissima. Dice il Carré, che per essa fortunatamente si prova potersi evitare la *opposizione di terzo*, mezzo più arduo e meno sicuro per togliere di mano agli illegittimi detentori i mobili che sono già oppignorati o vicini ad esserlo (Procedura francese, articolo 826 e seg.).

Tale azione, diceva ancora Boitard, non si applica mai agli immobili. « Le demandeur a « l'action possessoire ou pétitoire peut seulement demander que l'immeuble, dont la « propriété ou la possession sont contestées, « soit mis en séquestre pendant la durée du « procès ».

Le dottrine che siamo venuti ricordando dimostrano una cosa sola: che gl'istituti della procedura francese erano scarsi alle esigenze del diritto, poichè la rivendicazione si esercita così sugli immobili come sui mobili; e ben potevano pronunciarsi sentenze, che riconoscendo il diritto di rivendicare l'immobile, ordinassero nello stesso tempo di abbandonarlo al rivendicante. Ma egli è piuttosto che l'istituto francese diversifica sostanzialmente dal nostro in ciò, che non trattasi in quello di una vera esecuzione di giudicato, ma più presto di *un sequestro*, chiamato appunto *in causa di rivendicazione* a significare che doveva bensì esser fondato *in un diritto reale*, ma che aspetta nonostante la decisione del giudice.

Tale sequestro, che ha per base un diritto *in re*, onde si segrega dagli altri, che non sono che modi delle azioni di credito, e ristretti alle cose mobili, è autorizzato da un'ordinanza, e, come ho detto, non è un *jus decisum*, ma che deve ancora decidersi; onde anche in questo il sistema francese si dilunga dal nostro.

Il nostro Titolo suppone la esistenza del giudicato; e circoscritto com'è dall'indole sua, nelle pure determinazioni della procedura, non si occupa delle cause giuridiche che le hanno prodotte. E noi non le accenniamo se non per mostrare che questa esecuzione ha carattere distinto da ogni altra che perseguita le cose come valori realizzabili all'effetto del soddisfacimento di crediti; mentre con questa il vincitore s'impadronisce della cosa stessa per ritenerla in proprio dominio o possesso.

Quel motto — *consegna di beni mobili; rilascio degli immobili* — è una sintesi difatti di moltiplici azioni che hanno termine in questo risultato; e non derivano soltanto dal diritto di rivendicazione per causa di proprietà. Il *rilascio d'immobili* si effettua anche per causa possessoria.

Bisogna però avvertire, che si può perdere il possesso e nondimeno non esser d'uopo invocare una sentenza di *rilascio*, nè osservare questa procedura. Chi è turbato e menomato nel suo diritto di possesso, o violentemente cacciato e spogliato, è restituito con decreto del giudice del possessorio, che si eseguisce senza por tempo in mezzo e senza tanti pre-

cetti, ingiunzioni e cautele. Solamente chi dentro l'anno non esercita i suoi rimedi possessorii (art. 694 e 695 del Codice civile) è obbligato, volendo ricuperare il possesso, ad istituire un'azione di rivendicazione dello stesso possesso che, riuscendo vittoriosa, si realizza in una sentenza di *rilascio dell'immobile*.

Talvolta la sentenza rappresenta il compimento di un processo esecutivo, come quella dell'articolo 685, per la quale è ordinato al debitore spropriato di *rilasciare l'immobile*.

Ma il condannato al rilascio dell'immobile di qual maniera potrà evitare questa umiliante esecuzione e precorrere i termini che, più o meno lunghi, non iscorrono per lui senza danno? Parmi che il rimedio sia suggerito dall'art. 2019 del Codice civile, l'abbandono cioè del fondo colle cautele ivi consigliate.

Articolo 747.

L'usciere fa processo verbale dell'esecuzione, il quale, oltre le formalità stabilite nei numeri 1°, 2°, 3°, 4° e 5° dell'articolo 597, deve contenere:

1° La descrizione degli immobili sui quali cade l'esecuzione;

2° La menzione delle operazioni richieste dall'articolo 746.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai testimoni e dall'usciere, osservato nel resto quanto è stabilito nel secondo capoverso dell'articolo 743, e nell'articolo 744.

Annotazioni.

La inosservanza delle prescrizioni ingiunte da questo articolo produce la nullità dell'atto?

A questa domanda la legge risponde col silenzio. Noi ci siamo trovati più volte alla stessa domanda e alla stessa risposta. Non diverso il problema che ci offre l'articolo 597, dal quale ricaviamo i requisiti principali; ed eccoci ancora in presenza di quel canone sommo che è nell'articolo 56 al primo capoverso, che fa perpetuo contrasto colla regola che lo precede, quasi due forze che si bilanciano. In effetto mirano ad uno scopo, che l'atto sia quello che dev'essere: formi perfetta testimonianza di ciò che si vuole storicamente stabilito; o renda perfetta quella notizia di cui è l'organo. Io stimo che gli atti della procedura possano distinguersi in queste due categorie principali: *di atti storici e di atti operativi*; gli uni a far fede degli avvenimenti (come sono tutti i processi verbali); gli altri destinati all'azione. L'oggetto pratico dei primi è la *verità*; dei secondi è l'efficienza che l'atto, secondo l'indole sua, deve produrre. L'articolo 56 ha dato ai giudici buona materia da meditare. La importanza di questi ultimi, appunto perchè destinati a produrre dell'effetto, a diffondere delle notizie interessanti (per esempio i bandi), a servire quasi di muscoli al movimento giudiziario, l'importanza loro, io diceva, è maggiore. Chi volesse comprovare la mia proposizione con esempi tratti dal Codice, credo che lo potrebbe.

Qual è mai l'oggetto specifico dell'art. 747? Quello di stabilire che l'usciere non ha abusato della sua posizione, che non ha fatte cose d'arbitrio; il possessore espulso deve vedere nel verbale la regolarità della operazione, e l'atto deve contenere la prova della propria autenticità (1). Sui requisiti che debbono fornirla non si transige. È impossibile il dire che il prescritto dell'ultimo capoverso dell'articolo non debba osservarsi a pena di nullità. La non perfetta osservanza delle altre formalità converrà giudicarla con discreto criterio. La *menzione*, verbigrazia, *delle operazioni richieste dall'articolo* 746, non imposta in termini rigorosi la nullità, anco imperfetta, anco non piena, non farebbe cader l'atto.

Qualche cosa resta ad osservare sopra alcune delle formalità prescritte. Il num. 5 dell'art. 597 non si applica se non quanto è possibile; la *somma del credito* è cosa estranea a questo genere di esecuzione. La notifica potrebb'esser nulla, non conformata ai termini indicati nell'ultimo capoverso dell'articolo; non sarebbe però nullo il verbale (2). La inosser-

(1) La verità *materiale* che non lascia più dubitare della verità *formale*.

(2) Quando si trattasse di discutere della nullità della notificazione in causa del termine, sarebbe per certo uno dei punti di contestazione la differenza che passa fra l'oggetto di questo termine, che è l'avviso di un fatto compiuto, e quello di una citazione che apprende al convenuto il modo di agire in propria difesa. La importanza del secondo appare più grave e più facile il riconoscervi mancare *l'essenziale dell'atto*.

vanza dell'articolo 744 per fatto dell'usciere, la produzione per errore in una anzichè in altra cancelleria, non influendo sulla sostanza dell'atto, non sarebbe, io ritengo, caso di nullità; e si potrebbe sempre supplire con una produzione più regolare.

Articolo 748.

Quando negl'immobili caduti nell'esecuzione si trovino mobili di spettanza della parte condannata, l'usciere ingiunge alla stessa, se presente, di esportarli immediatamente. Se rifiuti o non sia presente, l'usciere, previa la descrizione dei mobili, li fa trasportare nel luogo che creda più conveniente, nominando ai medesimi un custode, salvo che la parte istante consenta di custodirli; il tutto a spese della parte condannata.

Il processo verbale esprime quanto siasi operato in conformità di quest'articolo, e deve sottoscriversi anche dal custode.

Articolo 749.

La disposizione dell'articolo precedente non si applica quando i mobili si trovino pignorati o sequestrati, ma la parte che ha chiesto il rilascio dell'immobile deve provvedersi davanti l'autorità giudiziaria competente per il pignoramento o sequestro.

Annotazioni.

1. Questi due articoli hanno un fine ben semplice: escludere dalla esecuzione le cose che non devono esserne colpite: ciò sono i mobili di proprietà della *parte condannata;* ed espellerli insieme col loro padrone dalla terra vietata, o affidarli ad un custode; non toccarli se vi sta sopra la mano dell'autorità giudiziaria, se sono in pignoramento o sequestro.

I mobili — immobili per destinazione — saranno o non saranno compresi nella esecuzione: in primo luogo, giusta le prescrizioni della sentenza; in secondo luogo, giusta le norme del diritto, ove la sentenza non fosse esplicita in questa parte. Può variare il giudizio in quanto i mobili siano congiunti all'immobile o per fine *di servizio e coltivazione del fondo medesimo* (art. 413 del Codice civile), o consegnati all'affittuario o colono per lo stesso oggetto (ivi); ovvero siano immobili *per destinazione del proprietario*, nel senso dell'articolo 419. Noi siamo in una combinazione giuridica che rende facile stabilire, che nei due primi casi la separazione viene ad effettuarsi senza il menomo sforzo e, come a dire, da sè, perchè la congiunzione non è che ideale, e sta finchè duri quello stato di cose per cui fu creata dalla previdenza dell'uomo. A chi appartengono quegli animali, quegli istrumenti, quello granaglie o quei foraggi che servono alla coltivazione, alla vita agricola del fondo? È il proprietario che espelle il conduttore che ebbe tutto questo dal proprietario medesimo? O sono cose dell'affittuario, che ve le introdusse a quello stesso scopo? La questione dell'unione presuntiva di tali cose col fondo, o del contrario, è grave quando si tratta di una vendita del fondo, nella quale possono, per volontà dei contraenti, intendersi comprese. Ma una esecuzione è tale fatto che non permette una questione di volontà; o almeno non la permette all'usciere esecutore. E non si potrebbe aggiungere alla sentenza.

Altro è se i mobili sono annessi fisicamente e materialmente all'immobile, secondo la previsione dell'articolo 414 del Codice civile. Il separarli importa forza, rottura o deterioramento: basta che i mobili facciano corpo, per così esprimermi, coll'immobile perchè l'usciere non sia più autorizzato a distaccarneli. La destinazione è palese: ma l'usciere, rigido ufficiale che non opera che sulla materia, non si conduce coll'ideale della destinazione; se vi sarà controversia, sarà controversia di esecuzione. Ma quale potrà essere? Si dirà forse che non vi fu propriamente *destinazione di proprietario*, perchè chi introdusse quei quadri, quegli ornamenti nelle stanze, sino a incorporarli colle pareti, non fu che il sedicente proprietario, il detentore illegittimo, ora espulso? Ma la potenza dell'immobile li trae a sè: non resterà a chi ve gli ha posti che un'azione per averne un prezzo, se e come sia di ragione.

2. Ma l'articolo 749 suppone che i mobili

siano proprietà del possessore espulso, e sotto pegno. Noi fingiamo adesso che si tratti di *consegna di mobili*, giusta il capo I, e che i mobili, oggetto della esecuzione, si trovino oppignorati da un terzo. L'oppignorazione ha forse trasportato il possesso nell'oppignorante, il che gli varrebbe titolo, e con questo solo potrebbe respingere il rivendicante per quanto fondato in un precedente diritto di proprietà? La conseguenza non può ammettersi: il possesso continua nell'oppignorato, benchè vincolato e indisponibile; contuttociò la sentenza non è più eseguibile a fronte del qualunque diritto del terzo. Egli dovrà essere ammesso a dedurre le ragioni per cui reputa sostenibile la sua esecuzione. La questione va a porsi fra lui e il rivendicante, che secondo l'articolo 749 *deve provvedersi davanti l'autorità competente per il pignoramento* o *sequestro*.

Ritengo che le voci *pignoramento* o *sequestro* siano adoperate in forma di sinonimi, come già nell'articolo 75, o non facciano differenza nell'effetto (1). Fonte della competenza è quell'articolo 570 che conosciamo molto bene. La distribuzione della competenza per valore è attestata dall'articolo 75. In questo caso è applicabile il n. 2 del detto articolo.

—

Di recente è nata questione avanti questa corte suprema di Firenze, se le disposizioni degli articoli 703 e 725 siano applicabili alla specie di esecuzione della quale abbiamo discorso. La corte ha ritenuto non essere applicabili (sentenza 7 aprile 1873 in causa Zinzi-Stabilimenti spagnuoli a mia relazione).

La corte ha considerato che la regola generale delle appellazioni essendo stabilita nell'articolo 485 è solamente per eccezione che il termine viene abbreviato. La eccezione ha bensì la sua ragione sommamente importante nella natura dei giudizi esecutivi che vogliono celerità e ripugnano da lunghe sospensioni, e in tale aspetto non si deve indietreggiare in faccia a veruna conseguenza, tenendo fermo quest'ordine al quale sono attaccati molti o gravi interessi. Ma bisogna anche guardarsi dall'estendere oltre la cerchia prescritta una legge di eccezione. Nelle esecuzioni pignoratizie, mobiliare e immobiliare, questa volontà del legislatore è stata espressamente enunciata e ripetuta. Silenzio per quanto riguarda il presente istituto *della consegna e del rilascio dei beni*. E ciò deve bastare per non sottoporre ancora l'appello al rito eccezionale, in ossequio del precetto nuovamente inculcato dall'articolo 4 delle disposizioni preliminari del Codice civile. Si comprende che sebbene si tratti di *un giudizio esecutivo*, esso è di una specie che dalla precedente si differenzia nel carattere oggettivo, nell'organismo, nello sviluppo, e non partecipa gli stessi bisogni di passare oltre nei termini, abbreviando quello dell'appello ordinario. La lunga tela di atti a cui si estendono i primi, non si ripete in questo; che giunta l'ora della esecuzione si consuma con un solo atto che è quello di ritirare i mobili o di espellere dall'immobile l'illegittimo detentore.

(1) Il Codice non usa mai che la voce *pignoramento* anche in fatto di somme e crediti: ma era impossibile rifiutare, per la naturale significazione, la voce *sequestro*, come si venne notando in più luoghi.

TITOLO V.

DELL'ARRESTO PERSONALE.

CAPO I.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI.

Articolo 750.

Non può eseguirsi l'arresto personale, se non in forza di sentenza passata in giudicato, o della quale sia stata ordinata espressamente l'esecuzione provvisoria quanto all'arresto.

Il ricorso per cassazione e la domanda per rivocazione sospendono l'esecuzione dell'arresto, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria quanto all'arresto non ostante ricorso per cassazione, o domanda per rivocazione, e mediante cauzione.

Annotazioni.

1. **Generalità.**

L'*arresto personale* in materia penale, nell'ordinario suo uso, ha ragione di mezzo: privare di libertà la persona dell'accusato è porgere alla giustizia una guarentigia che le è necessaria: talvolta vale pena (1). In civile l'arresto personale *è un modo di esecuzione:* un mezzo, come un altro, per costringere alla soddisfazione di un debito.

L'arresto personale non è una pena, ma ne produce gli effetti salutari, considerata nel suo primo stadio di minaccia. Il commerciante che vede dietro la cambiale la porta aperta di una prigione; colui che per fatti poco onesti incontra obbligazioni, all'inadempimento delle quali non potrà scusarlo l'impotenza e la povertà, si ferma innanzi a questa prospettiva, e riflette che gli costerà troppo caro il guadagno presente.

Nondimeno per tenere alla debita distanza la ingiunzione di una legge civile da una punizione penale, la materia venne a restringersi nel diritto civile per quel lungo e assiduo contrasto che mosse all'*arresto personale* la nuova civiltà che propugna la libertà individuale, in quanto la sua privazione non si presenti come una indeclinabile necessità sociale. Quanto più gli uomini si vengono illuminando sui propri diritti, quanto più si apprendono le guarentigie che la legge civile offre nella trattazione degli affari, tanto meno è sentito il bisogno di confidare a questo mezzo ontoso e deplorabile il buon esito degli affari medesimi. Il Codice napoletano e il Codice albertino, taccio degli altri, lo avevano prodigalizzato: uno dei pregi per cui va distinto il nuovo Codice italiano è lo avere ristrette le cause dell'arresto, e agevolati i modi della liberazione (Titolo XXVII del Libro III).

Non è del nostro istituto inoltrarci in questo esame, e analizzare il sistema del Codice civile. Noi vediamo *precettivo* l'arresto personale nell'articolo 2094; *facoltativo* nell'articolo 2095. Nondimeno non può dirsi a rigor di termini che l'arresto personale sia *ordinato dalla legge*, come si esprimeva il vecchio articolo 2099 del Codice albertino: esso è sempre ordinato dal giudice per istanza di parte, se-

(1) Articolo 621 del Codice penale.

condo la nuova espressione degli articoli 2093 e 2094 del nostro Codice. La quale espressione, quantunque non abbia forse altro merito che di maggiore chiarezza, non lascia di avere una benefica influenza, disponendo gli animi dei giudici a ben ponderare i requisiti del fatto che sono posti in singolare rilievo nei tre numeri del detto art. 2094, senza preoccuparsi d'una prescrizione indeclinabile della legge.

Ciò che più spetta al nostro argomento è il vedere come l'arresto personale mantenga il suo carattere di *atto di esecuzione*, sebbene *indiretto*, *afflittivo* e *preventivo*. Importa esplicare questi tre vocaboli che ne rappresentano la nozione con tutta esattezza.

È un mezzo *indiretto*. S'incarcera l'uomo perchè adempia alla sua obbligazione, perchè paghi il suo debito. Mettere la libertà dell'uomo al servigio di un credito civile, esorbita e non ha proporzione; pute alquanto del privilegio antichissimo dei creditori e dell'esecrato dominio sulla persona del debitore, se non si tempera all'aspetto di un debito disonesto e quasi delittuoso; ad ogni modo non è da noi cancellare quest'ordinamento, ma spiegarlo. È dunque un mezzo *indiretto*, perchè non apprende le sostanze del debitore per cavarne quel costrutto che fornirà la materia del soddisfacimento: ma forza la persona a prestare il fatto per liberarsi da un male che le è inflitto. Si batte la persona per avere la cosa.

È un mezzo *afflittivo*, ed è facile il vederlo. Non è una pena, ma ne contiene le amarezze e i dolori: si presume che il modo di liberarsene stia in lui pagando il debito, senza la quale presunzione si pronuncierebbe una vera pena: ma in effetto la sua impotenza ben potrebb'essere reale, e la sofferenza prolungarsi sino alle proporzioni di una pena assai grave.

È *preventivo* nel senso che il pagamento del credito si aspetta come la conseguenza di questa specie di tormento che si fa subire alla persona; è una speranza che si attacca all'efficacia di questo medesimo tormento: quasi compulsoria delle facoltà occulte, delle risorse di credito che ancora rimangono al prigioniero, delle affezioni di coloro che si dolgono di vederlo soffrire.

Ecco cosa è l'arresto personale che segue l'inadempimento delle obbligazioni civili, per sè riprovevole, ma che non ascende sino al grado di reato. E tuttavia non perde il carattere di un mezzo di esecuzione.

Laonde deve sempre farsi largo all'uscita dal carcere mediante pagamento. Se non restasse questa uscita, *allora la nozione di penalità sarebbe decisa:* ciò che caratterizza la pena del reato è questo: ch'essa è assoluta, cade sopra un fatto commesso e non precede una obbligazione da compiersi.

Che l'arresto personale non sia che una eccitatoria, un impulso al pagamento, nei tre numeri dell'art. 2094 del Cod. civ. è chiaramente scritto; meno si rileva nell'art. 2095, ma a tutti è comune la disposizione dell'art. 2104 che suggerisce i modi per esimersi dall'arresto, o liberarsene, pagando un quarto del debito, e presentando cauzione pel rimanente.

Deve per altro avvertirsi, che talvolta l'ordine dell'arresto personale prende una forma che molto tiene al carattere penale, perchè emanato in odio di persone che, vestite di pubblico ufficio, violano il loro dovere. Un esempio può vedersi nell'articolo 915. Ma carattere veramente di penalità non esiste. Senza dubbio il mezzo di coazione che si adopera in simili casi *procede dalla qualità della obbligazione* che si eleva ad una gravità non comune, attesa la condizione di chi deve prestarla, atteso il maggior diritto che si ha di pretenderne esatta e pronta esecuzione, atteso il particolare ufficio dal quale il servizio emana. Queste circostanze si verificano nel disposto dell'articolo 915. Nondimeno quivi pure l'arresto personale si pronuncia *non in pena di aver fatto o di non aver fatto una cosa, ma per costringere a farla*. Il funzionario, *se spedirà la copia* che gli si richiede, sarà fuori d'impegno. Quindi io non dubito che non sia necessario il precetto, posto eziandio che un termine sia assegnato dal tribunale, come dirò all'articolo seguente.

2. Una nuova mitigazione di rigore si ravvisa nell'articolo 750 della procedura. I termini costituiti a valersi dei mezzi di rivocazione o cassazione, sono sospensivi dell'arresto personale (1). Ma si è conservata nei giudici la facoltà di ordinare la *esecuzione provvisoria* della propria sentenza anche quanto all'arresto personale, sicchè il beneficio accordato al debitore quasi si dilegua; la prolissità dei termini sospensivi può essere anche stimolo ai giudici per non trascurare l'esercizio della importante facoltà di cui sono investiti.

(1) Nella seconda edizione modificai ciò che scrissi per inavvertenza sull'articolo 520, grato a chi me ne fece ammonizione.

Per altro due condizioni si esigono: 1° che il magistrato d'appello (1) esprima quella clausola, sicchè dove dell'uno o dell'altro rimedio la menzione mancasse, il ricorso sarebbe sospensivo; 2° che il creditore fornisca cauzione. A che mira la cauzione? Ad assicurare il risarcimento dei danni che consegue dalla nullità dell'arresto.

Havvi regola per determinare i casi in cui è permessa la esecuzione provvisoria delle sentenze che pronunciano l'arresto personale?

Nessuna regola positiva. Le specificazioni dell'articolo 363 non ci riguardano. L'istanza per l'esecuzione provvisoria si ritiene necessaria, ma del resto non si può nulla dedurre dall'articolo 363. Non potendo i giudici prescindere dalla materia prescritta nel Codice civile, nè mai applicare l'arresto ad altri soggetti, bisogna però concludere che da essi dipende il determinare le circostanze imperiose, urgenti, gravissime, onde si giustifica l'ordine dell'esecuzione provvisoria; sulla quale determinazione potranno altresì influire considerazioni generali dedotte dalla qualità dei giudizi; e accenno ai titoli commerciali, per i quali d'altra parte esistono particolari disposizioni, come notorò più avanti.

Articolo 751.

Nel precetto per l'esecuzione personale deve farsi l'intimazione alla parte condannata di adempiere nei giorni dieci successivi quanto ha ordinato la sentenza, e l'avvertimento che, in difetto, si procederà all'arresto.

Annotazioni.

Il precetto deve contenere i requisiti ordinati dall'articolo 563. Il primo capoverso di questo articolo dichiara il luogo del domicilio anche in caso di arresto personale.

Il precetto è sempre necessario. Non vi è formalità che non sia sacra in questa terribile materia dell'arresto personale. Non potrebbe avere applicazione di sorta l'articolo 563, che *parla della consegna di mobili e d'immobili:* ed esclude ogni altro caso. Ammetto in tutto l'applicazione degli articoli 566 e 579.

Che diremo dell'articolo 580? *L'opposizione al precetto sarà sospensiva* contro ciò che è sancito in quell'articolo, e senza frattanto adempiere alla seconda parte di esso? (V. l'articolo 580). Ma noi siamo sempre sotto la pressione di un giudicato, bisogna ricordarlo; di un giudicato, ad impugnare il quale ogni termine è trascorso; o che, per urgenza di circostanze, decretò la esecuzione provvisoria. Tutto ciò si porge quale dubbio gravissimo: nondimeno il dubbio ci dove bastare per attribuire alla opposizione virtù sospensiva. Noi abbiamo visto che in fatto di esecuzione mobiliare la opposizione non sospende (art. 580), ma sospende in fatto di esecuzione immobiliare (articolo 660): e dove ne va la libertà della persona, non crederei che l'affare fosse meno grave di questo.

Avverto però che ove l'esecuzione provvisoria venisse decretata, *nonostante opposizione* (intendendo che questa clausola debba essere espressa), si dovrebbe concludere in opposto; poichè veramente vi hanno tali casi, in tema commerciale principalmente, che non può essere nello spirito della legge l'accordare una sospensione, che priverebbe la sentenza di quella efficacia che è propria della sua natura.

(1) Poichè la *rivocazione* o *cassazione* si chiede contro le sentenze pronunziate in grado d'appello (articoli 494 e 517).

CAPO II.

DELL'ESECUZIONE DELL'ARRESTO.

Articolo 752.

L'arresto si eseguisce da un usciere munito di mandato speciale per quest'oggetto della parte istante, assistito da due testimoni a norma dell'articolo 594.

Annotazioni.

Per la semplicità di questo dettato potrebbe ritenersi che l'arresto della persona potesse farsi bruscamente dall'usciere, e senza nè ingiunzione al debitore, nè ostensione della sentenza e del mandato di cui l'usciere dev'essere munito. La giurisprudenza francese tiene che l'usciere deve mostrare il suo mandato se il debitore lo richiede (Dalloz, *Contrainte par corps*, n. 796 a 798). La Corte di Genova in una sentenza del 1° giugno 1853 (Bettini, t. II, pag. 457) che, per quanto io sappia, non fu censurata, giudicò essere *di sostanza dell'atto* il doversi dall'usciere spiegare all'arrestando l'*ordine d'arresto* e il *mandato di commissione*. Egli è vero che in questo giudizio della corte influì principalmente il R. Decreto del 3 febbraio 1849, che non è in vita oggidì: nonostante per ciò che riguarda la ingiunzione di pagare, che vediamo anche prescritta in casi meno gravi (art. 742), deve ritenersi, come disse la corte di Genova, cosa di sostanza e indispensabile, e dovrà farsene menzione nel verbale.

Articolo 753.

L'arresto non può eseguirsi:

1° Nelle ore in cui non è permesso agli uscieri di fare gli atti del loro ministero;

2° Nei giorni di festa;

3° Nei luoghi destinati al culto, durante le funzioni religiose;

4° Nei luoghi delle adunanze di pubbliche autorità, durante il tempo di tali adunanze;

5° Nei casi in cui il debitore, trovandosi sotto le armi, adempie un servizio comandato;

6° Nella casa di abitazione del debitore o in qualunque altra, senza speciale permissione in iscritto del presidente del tribunale civile, o del pretore nella cui giurisdizione si deve procedere all'arresto.

Annotazioni.

Al numero 1.

Ne abbiamo la spiegazione nell'articolo 62.

Al numero 3.

Durante le funzioni relegiose. Non è dunque immune il luogo sacro, ma solo eccettuato il tempo delle funzioni, certo per non turbare le pie cerimonie e portare il tumulto in mezzo al raccoglimento dei fedeli: e si deve intendere di ogni culto riconosciuto, quantunque questa voce tenga in certo modo della significazione cattolica per lo riverbero dell'art. 1° dello Statuto. L'articolo 781 del Codice di procedura francese è più ossequioso alla religione. Esso eccettua *les édifices consacrés au culte*. Ci sia almeno concesso di dividere il voto di Carré: « Nous voudrions de moins (car le « respect dû au lieu saint doit être concilié « avec la nécessité d'exécuter la loi) que des

« mesures fussent prises de manière à ce qu'on « fût assuré qoe le temple fût absolument de- « sert, pour que l'on pût arrêter la seule per- « sonne qui s'y trouverait non pour acquitter « un devoir réligieux, mai pour se soustraire « à l'exécution ordonnée contr'elle ».

Ma questo è un pio desiderio. La legge non lo impone: non si vuole diritto di asilo, la legge penetra anche nei templi in ogni altro momento che non sia dell'esercizio del culto, di quell'esercizio che invita ad assistervi un certo numero di devoti. Onde sebbene la corte di cassazione francese (9 ottobre 1824, *Journal du Palais*, tom. XVIII, pag. 1050) stimasse di porre fra le funzioni religiose la *confessione*, tale decisione è riprovata dal Chauveau, da lui limitata al caso che il debitore non fosse lo stesso penitente. Ma ciò è tristo a dirsi! Con piacere mi associo ad una opinione del Thomine, che anche durante l'esercizio del culto *esteriore* (fuori del tempio, in una processione, accompagnando un convoglio funebre) la persona del debitore debba essere rispettata se non altro per rispetto della funzione e degli altri che vi stanno raccolti intorno (Thomine, t. II, p. 358; Carré, quest. 356 e 2612).

Al numero 4.

Per adunanze di pubbliche autorità intendiamo « ogni assemblea ed ogni persona investita di pubblica autorità » (Boitard, all'articolo 781 del Codice franc.), e vi si comprende la sala ove siede il tribunale, ove il consiglio comunale si aduna, ove si fanno le elezioni, o sono adunanze di popolo politicamente permesse. E ciò diciamo anche dei luoghi annessi, in immediata comunicazione, o contermini, al servizio del corpo o dell'assemblea, e quasi estensione della sala. Gli uffizi interni, le cancellerie, ecc., non sono contemplate in questa limitazione; sono esclusi i luoghi circostanti, sebbene contenuti nell'edifizio, i transiti, i corridoi, le scale; perchè, lo ripeto, non vi è propriamente immunità di luoghi, nè diritto di asilo (1).

Niun dubbio che un commerciante non possa essere arrestato alla Borsa. Questo punto fu già discusso negli studi preliminari della legislazione francese, e la storia del Codice di procedura civile ricorda che l'articolo 792 del progetto (che fu poi l'articolo 781 del Codice) proponeva il divieto dell'arresto *pendant la tenue des Bourses*; ma per osservazioni del tribunato la clausola venne soppressa.

Al numero 5.

E il pubblico funzionario nell'esercizio delle sue funzioni potrà essere arrestato? Un professore sulla sua cattedra? Un cancelliere mentre redige gli atti del suo ufficio, o assiste a una operazione giudiziale; un giudice delegato mentre esamina dei testimoni?

In questo rapporto dell'arresto personale le idee si sono venute modificando col tempo e coi progressi legislativi in una maniera singolare e meritevole d'attenzione. In antico il diritto di arresto era assai più esteso, ma di molto si restringeva nell'esercizio pratico; immunità di luoghi, immunità di persone, specialità di circostanze, rispetti di condizioni e di tempi. La materia dell'arresto si andò rinserrando mano mano che si è progredito: voci eloquenti e inspirate da sensi di umanità ne fecero una questione di principio: ma una volta ritenuto e stanziato per legge l'arresto personale in materia civile, si disse che doveva essere eseguito come ogni altra legge, per quanto severa, liberamente, senz'altro riguardo che di *cansare i pericoli di offendere l'ordine pubblico*, alla tutela del quale sono intesi i numeri 3°, 4° e 5° del presente articolo.

Secondo lo spirito che, quasi direi, discende dalla storia ideale di questo istituto, una estensione si può permettere nel punto di vista dell'ordine pubblico, in quanto possa essere turbato da una esecuzione personale, ma in ciò che concerne la persona bisogna andar cautamente per non creare la eccezione e il privilegio. Arrestare un professore insegnante, un giudice esaminante dei testimoni, si può, quanto alla persona: ma nell'atto dell'ufficio si oppone l'interesse pubblico, che soffre nella sua interruzione; e lo spettacolo indecente che denigra le nobili funzioni della scienza e della giustizia, e può eccitare disordini materiali che bisogna evitare. Ecco il confine dell'esercizio di questa esecuzione (V. Boitard, all'articolo 782, n. 1051). La parola della nostra legge non va sin là: ma la legge francese è anche più chiusa, ciò nonostante il principio che *un interesse privato non può permettersi di offendere e violare un servizio pubblico*, era accettato come una verità (Pardessus, Pigeau, *Commentaire*, tom. II, pag. 272; Carré, Thomine, tom. II, pag. 357).

(1) Alla voce *enceinte*, usata dall'art. 4, titolo III della Legge 15 germinale, anno VI, fu sostituita la parola *lieu de séances* del Codice francese.

Quanto al militare, la legge non ammette dubbi: egli sfugge al rostro dell'usciere in quel tempo nel quale *trovandosi sotto le armi adempie a un servizio comandato* (1), non più oltre. Del resto l'appartenere al servizio attivo non basta; non basta il far parte di un corpo che si trovi sotto le armi, s'egli stesso, il debitore, non esercita in quel momento una funzione militare. La stessa legge militare suole sdegnare uomini che si sono esposti a sì umiliante condizione, e li respinge. Ciò è nell'interesse della legge, ma eziandio della disciplina e dell'onor militare. La convenzione nazionale si pronunciò altamente in questo senso nel decreto del 24 di messidoro, e nell'altro del 7 di termidoro, anno VIII, rapporto ai coscritti; più aperto ancora il Regolamento dell'8 luglio 1861, articolo 65. Tutto ciò per altro deve dirsi in tempo di pace: altro è in tempo di guerra, e a questo provveggono le leggi relative (2).

Al numero 6°.

In altri codici, come in quelli di Francia, di Napoli (che fu), di Ginevra, si richiede l'assistenza di un magistrato; noi non abbiamo adottato quel sistema, e non per menomare una guarentigia della libertà individuale, ma perchè si è creduto sufficientemente provveduto all'inviolabilità del domicilio coll'autorizzazione del magistrato senza la sua presenza, e quanto all'effetto si è avuto maggior fede nell'ufficiale esecutore. Tutto ciò concerne il *modo* della esecuzione; quanto al tempo resta fermo il disposto del numero 1° di questo articolo.

Per *maison quelconque* i giurisperiti francesi intendono eziandio quelle case o luoghi pubblici che si chiamano alberghi, trattorie, caffè e simili (Dalloz, *Contrainte par corps*, n. 822 a 826).

Articolo 754.

Non può parimente eseguirsi l'arresto quando il debitore, chiamato a deporre come testimone davanti un'autorità giudiziaria, sia munito di salvocondotto.

Il salvocondotto è accordato dal presidente della corte o del tribunale, davanti cui il debitore è chiamato a deporre; se sia chiamato a deporre davanti un giudice delegato, o un pretore, il salvocondòtto è accordato da questo.

Nel salvocondotto è stabilita la durata di esso, la quale non deve eccedere il tempo necessario per l'andata, l'esame e il ritorno.

Annotazioni.

1. Il salvocondotto è domandato da quel litigante che stimò necessario l'esame di un testimonio che non può girare liberamente, perchè minacciato d'arresto, e si accorda sulla stragiudiziale istanza di lui dal magistrato preposto all'esame.

Giusta il Codice di procedura francese (articolo 783) dev'essere sentito il ministero pubblico.

Nelle cause penali il salvocondotto si accorda al testimonio contro il quale pende mandato di arresto per debiti; la concessione è regolata dall'articolo 164 del Codice di procedura penale.

L'articolo 580 del Codice di commercio dichiara il modo con cui si accorda il salvocondotto al fallito.

2. Il salvocondotto è una sospensione momentanea dei diritti della giustizia privata in servizio della giustizia pubblica. Ha le sue regole, le sue forme, il suo tempo prescritto. Il salvocondotto nullo, perchè non accordato da magistrato competente, protegge tuttavia il debitore di buona fede che parte da un luogo sicuro, e si espone all'incomodo di un viaggio, e non nell'interesse suo proprio, ma in quello della giustizia e della verità?

Il Carré, con un sentimento di umanità che

(1) Discutendosi il progetto del Codice sardo, pubblicato nel 1854, nel relativo articolo non si leggevano che le parole: *adempia a un servizio militare*, al quale furono sostituite dalla commissione della camera le altre: *ad un servizio comandato*, onde pareggiare la milizia nazionale all'esercito.

(2) Che un giurato non possa essere arrestato per debiti civili nell'esercizio delle sue funzioni, non ha bisogno di prova; ma lo potrà essere durante il corso della causa alla quale presta servizio, se la causa, come avviene, si prolunghi per più giorni? La risposta affermativa è certa: la funzione pubblica non è turbata, ed altro non si ricerca; la persona del giurato sarebbe impedita, come per un'altra causa qualunque: del resto il giurato supplente prende il suo luogo.

gli fa onore, ha detto, che non essendosi dichiarato dalla legge che un salvocondotto irregolare sarebbe senza effetto, si deve prendere la interpretazione più benigna, quella che è favorevole alla libertà. A sostegno di quest'opinione si può aggiungere, che non è lo stesso debitore che si è procurato quell'atto; che a lui poco importa il fare da testimonio; che della irregolarità non sarebbe imputabile, ma piuttosto colui che lo domandò per comodo della propria difesa.

Il Dalloz, distinguerebbe fra irregolarità rilevanti e fra irregolarità meno rilevanti: Chauveau dice di non comprendere tale distinzione, e neppur io la comprendo (q 2636). Pensa questo autore che l'arresto sarebbe valido, data la nullità del salvocondotto (non accordato, per esempio, da giudice competente), non altrimenti che se fosse spirato il tempo. Merlin esamina alcune specie, e sembra anche mettere in rilievo la differenza che passa fra il salvocondotto dal debitore ricercato e portato nell'interesse proprio, e quello procuratogli da altri per indurlo all'esame come testimonio (*Répert.*, v° *Salvocondotto*, n. 4). Ciò nonostante, le sue conclusioni non discordano da quelle di Chauveau; e altri scrittori, quali Berriat, Thomine, ecc., adottano l'opinione più severa, ma che infine è la più legale. La difficoltà sparisce solo che la questione si osservi dal lato del creditore. Egli dirà che il debitore non è munito di salvocondotto, perchè se è nullo, salvocondotto non esiste. Io trovo che per evitare una disastrosa conseguenza, larga via si aprirebbe agli abusi.

Il salvocondotto è nullo se non è espresso il tempo della sua durata: è nullo per eccesso di potere, perchè niun giudice è facoltizzato a rilasciare un salvocondotto a termine indefinito (Pardessus, t. v, pag. 276). Ma la legge non solo richiede l'espressione del tempo, ma ingiunge *non doversi eccedere il tempo necessario per l'andata, l'esame e il ritorno.*

Prima questione: *è nullo il salvocondotto se eccede il tempo necessario?* Seconda: è nullo *assolutamente*, o solo *pel tempo eccedente?*

Nell'articolo 782 del Codice di procedura francese è scritto che il tempo della durata deve esprimersi *sotto pena di nullità*. La stessa comminatoria non è scritta nella nostra legge, nondimeno da questo lato crediamo non potersi altrimenti concludere, come testè si è detto. Se il tempo eccede, il salvocondotto è valido; solo la seconda questione è possibile. Ma come si misura il *tempo necessario?* Anche qui il Codice francese è più esplicito; l'articolo 782 assicura il giorno per comparire, quelli che occorrono per andare e venire, secondo la distanza. Io che in questo caso non convengo sulla nullità del salvocondotto, non posso ammetterla neppure in parte. Il creditore potrà reclamare e far sì che il tempo si restringa: ma il debitore sotto la fede di un salvocondotto da competente giudice accordato, non potrà essere arrestato, e ciò dico malgrado qualche avviso contrario (Chauveau, quest. 2659, non concorda col Carré), peccante, secondo me, di soverchio rigore.

Articolo 755.

Quando il debitore arrestato chieda di essere sentito prima che sia condotto nel luogo dell'arresto, l'usciere deve accompagnarlo immediatamente davanti il pretore del mandamento in cui si trova, se il debito non ecceda lire millecinquecento, o davanti il presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione è seguito l'arresto, se ecceda la detta somma. Il pretore o il presidente provvede sull'istanza verbale del debitore.

Se il pretore o il presidente non si trovi al luogo delle udienze, il debitore è condotto in casa del medesimo.

Il decreto del pretore o del presidente può essere emanato senza l'assistenza del cancelliere; è scritto nel processo verbale indicato nell'articolo 758, e immediatamente eseguito.

Articolo 756.

L'usciere, che ricusi di accompagnare il debitore davanti il pretore o il presidente, incorre in una multa non minore di lire trecento, estendibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Il pretore o il presidente provvede sulla istanza verbale del debitore.* Va bene. Ma su che provvede? Quali sono le sue facoltà?

Questo stesso silenzio della legge può far credere che le facoltà dal magistrato invocate a salvamento nella stretta di un tanto pericolo, siano illimitate.

Tutto ciò che riguarda l'*antea* della sentenza, le cause del debito, le ragioni del giudicare, sono necessariamente fuori dell'esame del magistrato. Ma le sue facoltà possono così riassumersi. Egli esamina: 1° la qualità del titolo, se contenga l'ordine d'arresto, e se con riserve e condizioni; 2° la sua eseguibilità, il tempo, le forme estrinseche dell'atto; 3° le facoltà di cui è munito l'usciere; 4° le prove che l'arrestato sia per esibirgli dei pagamenti eseguiti dopo la sentenza, anche parziali. Ritengo che fra le prove del pagamento siano da comprendersi quelle di una compensazione abbastanza dimostrata: se, per esempio, il debitore abbia intanto acquistato un credito per fitti o per altri titoli manifesti di credito certo, posteriori alla cosa giudicata, o almeno non dedotti in giudizio; 5° se abbia in mano promesse di dilazioni, o fatti di transazione col creditore.

Non porterei più oltre le facoltà già molto estese del magistrato. Non ammetterei, come alcuno crede (Chauveau, quest. 2678), di potere occuparsi della incompetenza più o meno assoluta del giudice che pronunciò la sentenza passata in giudicato. Ciò sarebbe eccessivo e sovversivo degli ordini della competenza: sarebbe una cosa senza regola e senza termine. Come mai si potrebbe metter mano nella cosa giudicata? Quale rispetto merita una tale decisione? E tanta facoltà sarebbe da concedersi al pretore o al presidente, *inaudita parte*, e colla certezza che la sua risoluzione sarebbe annullata?

2. Il decreto del pretore o del presidente, se favorevole al debitore, non porta che la sospensione dell'arresto: *un provvedimento transitorio*. Il creditore, com'è dell'indole di tali decreti, potrà ricorrere allo stesso pretore in via contenziosa, o al tribunale, e sarà poi luogo all'appellazione nei termini dell'articolo 777.

3. L'usciere che nega di prestarsi alla domanda del debitore, è percosso da una pena abbastanza forte (articolo 756), per non doversi credere ch'egli si presterà di buon grado. La legge però non ci dice in qual modo si proverà il rifiuto. Carré e Delaporte suggeriscono di invocare il ministero di un altro usciere, che ne attesti. È forse più facile l'appellarsi ai testimoni che devono trovarsi presenti, secondo il prescritto dell'articolo 752. Si consiglia ancora all'arrestato di ripetere le sue proteste appena entrato nello stabilimento carcerario al custode al quale verrà consegnato.

Articolo 757.

Quando il debitore non domandi di essere sentito, o il pretore o il presidente ordini che l'arresto abbia effetto, il debitore è condotto al luogo destinato per l'arresto nel comune, e, in difetto, a quello del comune più vicino.

Il luogo destinato all'arresto dei debitori deve essere separato da quello in cui sono i ditenuti per reato.

Chiunque conduca, riceva, o ritenga il debitore in luogo di detenzione, che non sia a ciò legalmente destinato, è punito come reo di detenzione illegale.

Annotazioni.

Si è fatta questione se la esecuzione sarebbe nulla, qualora, in difetto di luogo carcerario nel comune, *l'arrestato non fosse condotto in altro più vicino.*

Sotto la generale comminatoria dell'articolo 762, per noi non è materia di dubbio. Così pensava anche il Chauveau, malgrado non esista nella legge francese disposizione di nullità. « L'incarceration d'un débiteur, egli diceva, dans la maison d'arrêt *la plus rapprochée de son domicile*, est un droit qui peut « lui être utile, et dont il ne saurait être arbitrairement dépouillé ». A rigore non potrebb'essere temporariamente l'arrestato deposto in una casa qualunque, suppongasi, per passarvi la notte: la legge delicatamente procedendo in questo cómpito la cui durezza non può dissimularsi, vorrebbe risparmiata ogni umiliazione non necessaria. Qualche tribunale ha proferita in tal caso la nullità (corte di

Bordeaux, 17 aprile 1816, *Journal Av.*, t. VIII, pag. 597). Tuttavia non si può far contrasto alla necessità delle cose. Se l'ora fosse già tarda, se parte del giorno si fosse spesa nella udienza del magistrato, non si dovrebbe poi venire a tanto da pronunciare la nullità della esecuzione per un avvenimento non contemplato dalla legge, e non abusivo.

Articolo 758.

L'usciere fa risultare dell'arresto e della consegna del debitore al custode da processo verbale, il quale deve contenere:

1° L'indicazione del giorno, mese, dell'anno e del luogo in cui è fatto il processo verbale;

2° Il nome e cognome del creditore, e la dichiarazione o elezione di domicilio, o di residenza fatta dal medesimo, a norma dell'articolo 563, nel comune in cui il debitore è ditenuto;

3° Il nome, cognome, e la residenza del debitore arrestato;

4° La data della sentenza che ha autorizzato l'arresto, e la data della spedizione di essa in forma esecutiva, con l'indicazione dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata, e della somma per cui si procede;

5° La data del precetto;

6° La data del mandato speciale, richiesta dall'articolo 752, coll'indicazione del nome del notaro che lo ha ricevuto o autenticato;

7° La data della permissione concessa nel caso indicato nel numero 6 dell'articolo 753;

8° La menzione del deposito della somma anticipata per gli alimenti, a norma dell'articolo 761;

9° Il nome e cognome del custode a cui si consegna il debitore arrestato;

10° Il nome e cognome, l'età, la condizione o la residenza dei testimoni intervenuti;

11° Il nome e cognome dell'usciere, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto.

Articolo 759.

Una copia del processo verbale è consegnata al debitore, e un'altra al custode. Tanto l'originale quanto le copie sono sottoscritte dai testimoni, dall'usciere e dal custode.

La firma del custode apposta al processo verbale serve di ricevuta del deposito per gli alimenti.

La copia del processo verbale consegnata al custode tien luogo di atto di consegna del debitore.

Annotazioni.

1. Le disposizioni così accurate di codesti due articoli costituiscono un complesso; gli atti che prescrivono, enunciano e accertano il concorso di tutte le condizioni necessarie a verificare l'arresto legittimo, sono il compimento della grave operazione colla consegna della persona nella podestà del carceriere. L'usciere così ha terminato l'ufficio suo, e quello dell'altro comincia.

Nel regolamento francese non è bene spiegato che all'usciere appartenga la redazione di quello che chiamano *écrou*, atto di carceramento del debitore. I nostri legislatori pensarono meglio, considerandolo come funzione dello stesso ufficiale esecutore, la cui opera viene a far capo, e si scarica, per così esprimermi, in quella del carceriere che si sottoscrive al verbale.

2. La consegna della persona che l'usciere fa al custode della prigione, è il fine necessa-

rio della sua operazione, quindi tale facoltà è inclusa nel suo mandato senza d'uopo che vi sia espressa.

3. Risulta chiaramente dalla introduzione dell'articolo 758 che il processo verbale si fa in carcere, dopo la consegna cioè dell'arrestato. È un atto che non può essere ritardato. Perciò la indispensabile menzione del num. 1°. Nessun atto posteriore potrebbe coprire questa nullità (Pigeau, *Comment.*, t. II, pag. 473; Thomine, tom. II, pag. 368. Lo stesso consenso del debitore sarebbe inefficace.

4. *Se la copia consegnata al debitore* (articolo 759) *inchiude qualche differenza rilevante dall'originale, sarà nulla l'esecuzione?*

Parve al Carré questo essere il caso di fare una modificazione al principio, che qualvolta la legge ordina la consegna di una copia dell'atto all'intimato, questa debba esser conforme all'originale onde possa dirsi adempito allo scopo della legge. Crede il benemerito scrittore che, stando fermo presso il carceriere l'originale autentico, che può sempre consultarsi, non abbia a procedersi col solito rigore. Non buona occasione colse il Carré per mitigare il rigore del principio; qui dove tutte le formalità sono sacramentali. Osservò bene in contrario il Chauveau, la cui opinione lo adotto, che se la legge avesse creduto bastante che si potesse attingere all'originale, non avrebbe prescritta la consegna della copia (quest. 2692). Noi abbiamo poi formidabile, poco più avanti, la sanzione dell'art. 762 (1).

Articolo 760.

L'usciere che consegna il debitore al custode deve presentargli la copia esecutiva della sentenza che ha ordinato l'arresto. La sentenza è trascritta per intiero in registro apposito dal custode, il quale v'inserisce la copia del processo verbale consegnatagli a norma dell'articolo precedente.

Articolo 761.

Il creditore è obbligato ad anticipare la spesa degli alimenti del debitore per lo spazio di giorni trenta; potrà anche anticiparli per più periodi successivi di giorni trenta ciascuno.

La somma da anticiparsi per gli alimenti è determinata dai regolamenti e consegnata al custode.

Annotazioni.

1. *Del periodo alimentario.*

Bisogna fissare il momento dell'ingresso nel carcere. Da quel momento corrono i trenta giorni, che chiameremo periodo alimentario. Ebbene: come il processo verbale è compito e ritirato dal custode della prigione, si verifica l'ingresso legale del debitore nel carcere. La consegna degli alimenti è contemporanea. Questo punto regola il ciclo o rinnovamento dei periodi successivi. Si ritiene compito al debito della rinnovazione anticipata e periodica, consegnando l'importo degli alimenti *prima che suoni l'ora* che corrisponde all'ingresso nel carcere, ossia dalla formazione del verbale di consegna. Vi ha chi crede doversi presentare non più tardi della prima ora del giorno in cui è seguita la carcerazione (Souquet, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, tab. 141, col. 2ª, n. 61) (2).

Questa dottrina deve accettarsi, anzi è la sola accettabile, dove non s'indica l'ora della carcerazione, che in verità dovrebbe esserlo ed è una delle rubriche del formulario di carcere; ma non è prescritta dalla legge di procedura (articolo 758, n. 1).

2. *Se la consegna della somma per gli alimenti debba esser fatta dallo stesso creditore o da suo mandatario speciale.*

Il primo pagamento è fatto dall'usciere, ed è inerente alla sua commissione. Il creditore può eseguirlo di persona: quanto ai periodi successivi la legge non impone con parole espresse che il creditore stesso, o altri per lui specialmente autorizzato, anticipi la somma

(1) Quindi non si può transigere sulle nullità generali.

(2) La corte di Genova, 8 gennaio 1853, disse che la somma può essere pagata *anche nell'ultima ora del giorno precedente a quello in cui comincia il mese* (*Gazzetta dei Tribunali*, 1853, pag. 539).

(articolo 774). La giurisprudenza francese largheggia oltremodo, non solo permettendo al terzo di fare il pagamento in nome e per l'interesse del creditore, quale un *negotiorum gestor*, ma anche senza enunciare nè questo nome, nè questo interesse (Chauveau, questione 2693 ter). Egli disapprova quest'ultima risoluzione; ma trova abbastanza ragionevole la prima; *perchè l'obbligazione non è esclusivamente attaccata alla persona del creditore;* perchè si tratta *di un atto conservatorio* che un terzo può benissimo fare nell'interesse e per conto di un altro. Non divido l'opinione dell'illustre autore. Se il creditore stesso o un suo speciale procuratore non adempie questa che è una rigorosa prescrizione della legge, è legittimo dedurne ch'esso ha rinunziato alla detenzione del debitore: ed essendo possibile che il terzo si surroghi arbitrariamente al creditore per prolungarla forse per fini suoi propri, ciò basta onde non dipenda dal fatto di un terzo protrarre la liberazione del debitore. Male quindi, a mio avviso, si è detto *non essere obbligazione attaccata alla persona del creditore:* forse peggio trattarsi *di un atto conservatorio.* È della natura dell'atto conservatorio prevenire un danno, ovviare ad un pericolo senza pregiudicare diritti acquistati; ma qui invece si tratterebbe di privare il carcerato del diritto acquistato alla sua liberazione.

3. La dichiarazione del debitore di non volere alcuna somministrazione per alimenti non franca il creditore dall'obbligo suo. La legislazione francese anteriore al Codice di procedura lo permetteva: il silenzio del Codice era divieto. Nelle discussioni preliminari del Codice di Ginevra fu proposto dalla commissione al consiglio rappresentativo la riproduzione dell'antico sistema francese; ma la proposta venne respinta, per la ragione principalmente che il creditore avrebbe potuto abusarne, e così protrarre più oltre che non avrebbe fatto la prigionia del debitore.

Articolo 762.

Le disposizioni contenute in questo e nel precedente capo devono osservarsi sotto pena di nullità.

CAPO III.

DELLA CONFERMA IN ARRESTO SULL'ISTANZA DI ALTRI CREDITORI.

Articolo 763.

Il debitore può essere confermato in arresto sull'istanza di altro creditore, in forza di altra sentenza di condanna.

La conferma in arresto può altresì aver luogo quando il debitore si trovi in carcere per reato, nel qual caso l'arresto comincia col giorno in cui sia scontata la pena del reato.

Articolo 764.

Per la conferma in arresto del debitore si devono osservare le formalità stabilite nel capo precedente per l'arresto, sotto pena di nullità.

Per quest'atto non è necessaria l'assistenza dei testimoni, e il nuovo istante è dispensato dal deposito per gli alimenti, se questo sia stato fatto da altro creditore.

Quando il debitore si trovi in carcere per reato, basta che il deposito sia fatto prima che sia scontata la pena del reato.

Annotazioni.

1. La *conferma* dell'arresto è l'arresto per conto di un altro creditore che, dispensato dalla condizione stessa delle cose da alcune formalità, in tutto il resto deve adempirle (V. anche le Annotazioni all'articolo 765).

L'usciere, portante la sentenza, che pronunciò l'arresto e il mandato speciale, va da solo alle carceri, e dal custode si fa presentare alla persona del debitore, a cui dichiara la missione di cui è incaricato, gli ordina di pagare, e gli espone gli atti di cui è portatore. Questo presentarsi dell'usciere alla persona del debitore, è cosa essenziale. Si è fatto dagli autori il caso, che il carcerato non voglia ricevere l'usciere; e si è disputato della validità o invalidità dell'atto fatto fuori della presenza del debitore che, invitato, non vuole comparire (Coin-Delisle, *Comment.*, pag. 60; Demian, pag. 431; Carré in Chanveau, quest. 2701). Ma si è supposto ciò che è fuor del possibile; un carcerato può sempre visitarsi: s'egli si ostina a non uscire dalla cella per venire nella sala comune, l'usciere vi andrà, comunicherà con lui: risposta non occorre. Ma non si può concedere che, al rifiuto del carcerato di recarsi egli stesso alla presenza dell'usciere, basti lasciare la copia del verbale al custode e intendersi con lui.

Il processo verbale è redatto colla stessa cura, colle stesse forme di ogni altro verbale (articolo 764), fatte le menzioni particolari che il caso richiede.

Ma esiste forse un precetto perchè abbia a farsi menzione della sua data? (articolo 758, num. 5).

Sì: il precetto è necessario. La legge ordinando la ripetizione di tutte le formalità (che la posizione attuale del debitore non rende incompatibili) fa chiara la sua volontà. Se la conferma in arresto è un vero arresto, il debitore dev'essere prevenuto di questo nuovo flagello che lo minaccia: egli potrebbe anche provvedere. Tanto più si può credere che lo potrebbe se la sua prigionia non procede da altri debiti, ma da reato (1); ipotesi che troviamo antiveduta in questa legge; e ad ogni modo la sentenza d'arresto non sarebbe eseguibile.

Soltanto la menzione prescritta dal num. 10 dell'articolo 758 va omessa: può omettersi quella del num. 8, in corrispondenza dei disposti degli articoli 764 e 765.

2. Non potranno avere la loro applicazione materiale gli articoli 755 e 756; e ognuno l'intende. Ma la condizione del povero debitore è aggravata; s'egli potesse conferire col magistrato, per avventura sarebbe sciolto da questa nuova ingiunzione, che protrae la sua cattività: perchè privarlo di tal beneficio?

Le opinioni si dividono. Boitard crede cercata la ragione del beneficio. Il debitore caduto nelle mani dell'usciere, non ancora carcerato, può ottenere, egli dice, dalla giusta protezione del magistrato di liberarsene, e così tornare alla sua casa e ai propri affari, evitando la carcere, almeno per un certo tempo. Ma costui è già in prigione per altra causa: se sarà corsa irregolarità od errore, si varrà del suo diritto, farà annullare l'esecuzione (all'articolo 794 del Codice francese, numero 1060).

In opposto, osserva il Carré che il debitore detenuto ha lo stesso interesse; l'interesse della sua libertà, se non presente, almeno prossima (quest. 2760). La corte di Parigi (17 settembre 1829, *Journal Av.*, tom. XXXVIII, pag. 180) deciso che il debitore ha diritto di farsi condurre dall'usciere al magistrato; e così sentono pure Chauveau, Thomine, Coin-Delisle e Pigeau.

E noi, concludendo, diremo che l'art. 764 è preciso nell'ordinare il rinnovamento di tutte le formalità; che questa non è fra le escluse nè fra le impossibili; che il beneficio di un immediato scioglimento è reale e non può essere supplito o adeguato da un giudizio di nullità; che la facoltà data al debitore di conferire personalmente col giudice, ha pure la sua parte di conforto e di utilità, invece di far rappresentare le sue ragioni da altri; che il debitore non dev'esserne privato, per la ragione di essere più misero e più oppresso: *afflicto non addenda afflictio*; egli ha diritto di esser condotto al giudice.

(1) Forse anche il debito che lo avvince è di gran somma; e questo essendo molto minore, può soddisfarlo.

Articolo 765.

Chi fa istanza per la conferma in arresto è tenuto verso il creditore che ha fatto procedere all'arresto a contribuire in parte eguale agli alimenti del debitore.

Cessando la causa del precedente arresto, il nuovo istante deve consegnare gli alimenti per intiero a norma dell'articolo 761;

Le somme depositate per gli alimenti non possono essere ritirate dal deponente, se non avvertendo dieci giorni prima gli altri creditori, a cui istanza il debitore sia confermato in arresto.

Annotazioni.

Cumulo delle carcerazioni per cause penali e civili, e durata dell'arresto.

Lo stato di prigionia può adunque aggravarsi per il moltiplicarsi delle cause che si associano a mantenerlo. La causa del reato, per la natura sua, prevale; la sua indipendenza da ogni atto, da ogni procedimento civile, è manifesta. Se il carcerato subisce condanna che porti detenzione personale per qualunque tempo e in qualunque luogo di pena debba scontarsi, le esecuzioni civili si risolvono di pieno diritto; lo stato personale del reo subisce una trasformazione, perpetua se la pena fosse perpetua. La legge civile non opera più; il tempo non trascorre più per conto suo, e per maturare gli effetti ch'essa ha avuto in vista esercitandosi con tanto rigore; il condannato ha, per così dire, bisogno del suo tempo per farne olocausto alle esigenze della legge penale, per espiare il suo reato (1). Ciò nella condizione di condanna: è alquanto più astruso il vedere se, correndo il tempo di custodia e tornato favorevole il giudizio penale, quel tempo abbia potuto in certo modo soddisfare a due bisogni: quello della giustizia civile e quello della giustizia penale.

In Francia si è elevata la questione se, quando un carcerato per debiti, prima che spirasse il termine dell'arresto, sia stato trasportato nella carcere criminale per imputazione di reato (2), il creditore debba tuttavia, nel tempo di custodia preventiva, continuare a prestare le somme alimentarie.

Osservate che l'articolo 763 non risolve che *in parte* la questione, come avvertesi nella nota. Esso finge, che *il debitore si trovi già in carcere per reato:* il mandato esecutivo del creditore lo coglie in quello stato d'immobilità, e non fa che aggiungere un vincolo nuovo, l'effetto del quale si manifesterà *dopo scontata la pena*, dice la legge; e noi aggiungiamo, cessata la detenzione legale di custodia coll'assoluzione. Nella legge adunque non è risolto il dubbio, se il tempo di custodia, che, attesa l'assoluzione, è tempo che dovrebbe ritornare se fosse possibile a profitto del detenuto, non sia da calcolare a suo vantaggio per diminuire la durata del carcere civile. Il Dalloz (*Rec. périod.*, 1846, tom. II, pag. 204) ricorda una decisione della corte di Parigi del 21 ottobre 1846, nella quale si ritenne che *la carcerazione per causa di reato sospende quella che il detenuto soffre per causa civile:* e fra le altre è notevole questa proposizione: *che la detenzione del debitore non è più una prova della sua solvibilità, nè è prolungata nell'interesse del creditore, ma della società* (3).

E questa è pure la mia opinione. Quindi dovrà tenersi conto del tempo che il debitore ha passato nelle carceri civili, e accreditarlo nella detenzione civile (articolo 2012 del Codice civile). Dal momento ch'esso passa nelle carceri criminali, il corso s'interrompe; scontato il reato o respinta l'accusa, comincia un nuovo periodo, anco in nome e nell'interesse di altri creditori che sono venuti intanto a confermare l'arresto; e questo nuovo periodo si ricongiunge al primo per misurare la durata della detenzione civile (4).

Se il debitore potrà servirsi del suo tempo carcerario per espiare simultaneamente due detenzioni, sarà un gran bene per lui. La legge non porge argomento per concludere che le detenzioni siano *successive:* che termi-

(1) La questione è in parte risolta dal 1° capoverso dell'articolo 763.

(2) Per esempio commesso in carcere.

(3) Questo fu notava nel *Commentario del Codice sardo*, vol. V, part. II, num. 1281. Ivi ancora feci memoria di una sentenza della cassazione francese del 20 novembre 1832, che avea opinato diversamente: il che mostra che la questione non è delle più facili a risolversi.

(4) L'articolo 2102 determina « che la durata dell'arresto non può esser minore di tre mesi, ne maggiore di due anni ».

nato il biennio patito pel debito *a*, ne cominci un altro pel debito *b*, e così di seguito. Tal effetto è possibile; è possibile se negli ultimi giorni di un arresto avvenga una conferma (che nella legge passata dicevasi, quasi per ironia, *raccomandazione*, all'uso francese, di altro creditore, e così di un terzo creditore al cadere del secondo arresto. Ma a tutto questo la legge pone regola e misura, ed è la seguente.

Questo rinascente periodo di detenzioni a favore di più creditori non può avverarsi che *qualora i debiti successivi siano stati creati dopo l'arresto* (1). Eccetto simile evenienza, la legge non permette che *due anni di arresto*, talmente che il secondo o terzo creditore, per titoli anteriori all'arresto, non può nè procedere a nuovo arresto, nè confermare il precedente se non in quanto la durata sia maggiore, e deve anche in essa computare il tempo della detenzione sofferta.

La legge albertina (articolo 2111) poneva l'ultimo limite della durata dell'arresto nei cinque anni. La nuova, conservando le umane disposizioni dell'antica, ha d'assai ridotto quel termine. Del non dovere l'arresto oltrepassare i due anni, la ragione sta in questo, che l'infelice debitore ha già provata la sua impotenza; dopo ciò l'arresto non sarebbe più un mezzo di escussione e una prova, ma una vera pena. Quindi è che la prova, portata al suo estremo, fatta per un debito, vale per tutti; — lasciate ogni speranza — e questo è scritto non per un solo creditore, ma per ognuno di essi.

Pei debiti *posteriori* la legge è più severa. Non è facile assegnarne la ragione, ma pare che sia in odio del nuovo debito, specie di recidiva, cui non valse per correzione il funesto portato del debito precedente. Contro questo inasprimento di rigore si potrebbe osservare che non sempre i debiti si fanno per volontà, più spesso si fanno per necessità; che ha qualcosa di disumano punire, ritirando un beneficio comune, quel disgraziato che, nella rovina dei suoi affari, per trovarsi in carcere, ha dovuto fare degli altri debiti, molto più che la sua situazione era nota, e non poteva ingannare nessuno. Quando però si ponga mente che i debiti a causa dei quali si subisce l'arresto, sono tali che involvono, civilmente parlando, un delitto (articoli 2104 e 2105 del Codice civile), si sarà più proclivi a riconciliarsi con questa legge.

Quale adunque sarà l'effetto della conferma, *olim* raccomandazione, del secondo creditore? Quello dell'articolo 2103 del citato Codice civile se avrà luogo; più direttamente la conferma è il diritto del nuovo eseguente di tenere in carcere il debitore, indipendentemente dalla volontà del primo; semprechè *contribuisca in parte uguale la spesa degli alimenti.* Codesta consociazione di obblighi prova che l'arresto sta in conto non di un solo creditore, ma di due; che ognuno di essi signoreggia, per così dire, la persona del debitore; ne segue naturalmente ciò che viene poi enunciando il 1° capoverso dell'articolo 765, che, *cessando la causa del precedente arresto*, o per termine o per volontà del creditore che si è stancato di fare il deposito, subentra il secondo deponendo l'intero.

CAPO IV.

DELLA LIBERAZIONE DEL DEBITORE.

Articolo 766.

La liberazione del debitore è ordinata:

1° Per la nullità dell'arresto;
2° Per il pagamento del debito;
3° Per il consenso dei creditori;
4° Per l'età del debitore;

(1) Soggiunge l'articolo 2103 del Codice civile che tali debiti *siano esigibili al tempo del rilascio*; e ciò è naturale; giacchè se non fossero esigibili, nessuna esecuzione potrebbe farsi.

5° Per mancanza di anticipazione degli alimenti;
6° Per la scadenza del termine;
7° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

Caso determinato dalla legge è quello dell'articolo 2104 del Codice civile: « Il debitore « può liberarsi dall'arresto personale, pagando « un quarto della somma dovuta cogli accessori (1), o dando pel resto una cautela che « sia riconosciuta sufficiente, se prima dell'arresto, dall'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza; se dopo l'arresto, dal « tribunale civile nella cui giurisdizione trovasi arrestato ». Con questa disposizione si è vieppiù moderata quella del Codice civile albertino (articolo 2115) (2). La legge francese fa grazia al debitore *che paga tutto il suo debito e le spese* (articolo 798 della procedura); e Carré la chiama una disposizione generosa! (V. le *Annotazioni* all'articolo 771).

Articolo 767.

La domanda di nullità dell'arresto è proposta davanti il tribunale civile o il pretore nella cui giurisdizione il debitore si trovi arrestato, osservate le norme di competenza per valore.

Annotazioni.

1. *Sull'applicabilità dell'articolo quando si tratti di questione di fondo in fatto di sentenza appellabile.*

La nuova legge ha portato sulla precedente (Codice sardo del 1859, articoli 885, 886) una modificazione importante. Le nullità di forma erano conosciute dal *tribunale del luogo ove il debitore si trovava in arresto:* quelle di merito si giudicavano invece *dall'autorità giudiziaria, a cui spettava conoscere della esecuzione.* Ne seguitava, che talvolta avrebbe potuto intromettersi il tribunale di commercio nei casi contemplati dal 2° capoverso dell'articolo 695 di quel Codice.

Ma lasciamo di questo, e parliamo della legge nostra. Essa sembra aver tolto di mezzo ogni difficoltà e provveduto nel modo più semplice e positivo, secondo il suo testo. E veramente se si tratti di un ordine d'arresto, eseguito in forza di sentenza passata in giudicato, questa legge risponde completamente al bisogno. In effetto non potendosi elevare disputa alcuna sul merito della sentenza, la cui osservanza sarebbe indeclinabile, ogni controversia verrebbe a concentrarsi sul fatto dell'esecuzione. Ma ove si consideri che l'arresto *può essere eseguito in forza di sentenza appellabile che ordinò la propria esecuzione provvisoria*, la cosa muta aspetto. Se si domanda la nullità dell'arresto, perchè il tribunale di commercio decretò l'arresto fuori del potere che la legge gli attribuisce, si porterà forse la questione al *tribunale civile?* Il tribunale civile è forse competente a giudicare una sentenza del tribunale di commercio per decidere se esso abbia o no violata la legge? No certamente.

Non è sfuggita la questione all'esame dei glossografi francesi, concordi nel risolvere che non più al tribunale d'esecuzione, ma alla corte d'appello doveva portarsi la questione della nullità (Carré, quest. 2710; Chauveau, quest. 2707 bis, ecc.). Fra le non poche decisioni francesi è notevole quella della cassazione del 9 novembre 1824, che è molto precisa (*Journal Avoués*, tom. XXVII, pag. 334); e fra le nostre, quella della corte di Nizza, 9 gennaio 1857 (*Gazz. dei Tribunali*, p. 738; di Genova, 30 giugno 1858 e 18 agosto stesso anno (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 633 e 839). Si considerò non trattarsi di controversia di esecuzione, ma di ciò che vi ha di più essenziale in una sentenza, la sua legalità. Cessava dunque l'applicazione dell'articolo speciale di procedura in questo caso che non concerne che l'esecuzione: fu inoltre avvisato a un altro sconcio che ne verrebbe, quello di proporre *in tre gradi di giurisdizione* lo stesso soggetto; mentre dell'ordine d'arresto avendo giudicato il tribunale di commercio, ora ne giudicherebbe il tribunale civile, e in seguito la corte a cui la sentenza di quest'ultimo potrebb'essere appellata.

2. *Se l'ordine d'arresto venne decretato dalla corte d'appello, revocando una sentenza che*

(1) Gli interessi e le spese.

(2) Che proponeva la misura *del terzo.*

non l'aveva pronunciato, è forse al tribunale di prima istanza o a quello della corte d'appello che deve portarsi il giudizio della nullità?

Il Carré pensò che al tribunale e non alla corte d'appello, per lo rispetto ai due gradi di giurisdizione, rigettando il diverso avviso di Delaporte (quest. 2708). Il Chauveau riprova la decisione di Carré, e sostiene che il giudizio deve portarsi alla corte d'appello. La regola fondamentale dei due gradi di giurisdizione, secondo lui, non sarebbe punto violata, e il principio non avrobbe applicazione. Conviene ricorrere, egli dice, a un'altra regola; conviene cercarla in quella legge ove si parla della esecuzione delle sentenze appellate; e fonda principalmente la sua conclusione agli articoli 796 e 800 del Codice di procedura francese.

La mia opinione si accosta a quella del Carré; ma non per le sue ragioni. Se qualche speciale e potente motivo ci portasse a ritenere la competenza della corte, non farebbe ostacolo che non potessero esaurirsi i due gradi di giurisdizione. Vi hanno incidenti che si propongono per la prima volta in appello, questioni che non hanno altro seguito (1), e finiscono colla decisione di merito che pronunzia la corte. Si ritengono *quali parti del giudizio d'appello.* Ebbene, se il conoscere della validità dell'arresto fosse dalla legge attribuito al magistrato che pronunziò la sentenza; se fosse perciò della corte d'appello il conoscerne, il principio dei *due gradi* di giurisdizione, non si sentirebbe offeso. Non sarebbe che la manifestazione di una ulteriore facoltà della corte d'appello.

Ma per altre ragioni il nostro sistema non permetterebbe di ricorrere in questa ipotesi alla corte; e dovrebbe applicarsi letteralmente l'articolo 767. Nella tesi precedente si sostiene che alla corte d'appello avrebbe dovuto proporsi la questione, perchè trattavasi di rivedere la giustizia o legalità della sentenza che aveva ordinata la esecuzione provvisoria; e sfuggiva alla competenza di un tribunale di pari grado, al tribunale civile. Nel caso presente, della ingiustizia o illegalità della sentenza d'appello, non è più lecito disputare; se, nel rispetto della legalità, non si ricorra in cassazione. Escluso questo soggetto di gravame, la questione di nullità rientra nei termini che le son propri. *Non possono più agitarsi le cause giuridiche onde nacque il doloroso prodotto dell'arresto personale;* e la controversia cade sugli effetti, sul modi, sull'attualità del credito, sulla stessa esecuzione.

Si conclude, rispondendo al quesito, doversi portare la vertenza non alla corte, ma al tribunale civile od al pretore giusta l'articolo 767 (2).

3. *Di alcune cause di nullità dell'arresto che riguardano il diritto piuttosto che la forma della esecuzione, e sono nondimeno decise dai magistrati indicati nell'articolo suddetto.*

La distinzione fra nullità chiesta per ragioni di merito o per ragioni di forma, non è adottata nei nostri codici; distinzione che praticamente non avrebbe scopo, dacchè la cognizione di codesti mezzi appartiene alla stessa autorità giudiziaria. Tuttavia giova riandare alcune delle cause della prima maniera, toccando qua e là nel commento secondo la occasione del discorso, sia perchè verso la scienza, ossia, teoricamente parlando, la differenza esiste; sia perchè meglio si apprenda la linea di separazione fra esse e quelle cause che si compenetrano nel giudicato.

La questione della nullità può avere a subbietto lo intendimento della sentenza che ha proferito l'arresto, il contenuto di essa sentenza, la sua interpretazione. Il magistrato sfuggirà ogni equivoco, userà i termini più chiari in una decisione di tanta importanza: noi lo dobbiamo credere. Con tutto ciò si direbbe troppo affermando, che il bisogno della interpretazione non verrà mai: supponete che l'arresto sia stato ordinato sotto certe condizioni, che siano state imposte certe cautele per parte del creditore senza le quali l'arresto non sarebbe eseguibile, e si contenda sull'adempimento di quelle condizioni e cautele. Come s'interpretano le leggi dai giureconsulti e non dallo stesso legislatore, così s'interpretano le sentenze dai tribunali che non le hanno pronunziate, ed eziandio da tribunali di grado inferiore. Il giudizio interpretativo è sempre d'ossequio e non mai di sindacato; e la qualità dei criteri che un magistrato deve usare possono mettere a prova il suo acume e la rettitudine della sua mente; ma non impingnano, per così dire, non accrescono la sua giurisdizione. *Oggetto del giudizio resta la validità* o

(1) Distinguiamo nuovi incidenti da *nuove domande:* quelli appartengono allo sviluppo dell'organismo processuale; queste alla materia del giudicare.

(2) Vedi sentenza della cassazione di Firenze del 30 giugno 1870 (*Annali di giurisprudenza italiana*, vol. IV, pag. 308).

invalidità dell'esecuzione, e invariabilmente dall'oggetto prende norma la competenza.

Resteranno altresì in dominio del giudice della esecuzione tutte quelle cause di estinzione del debito che siansi verificate dopo la sentenza. Oltre la compensazione, la novazione, i mezzi ordinari naturali o legali di pagamento, si propone dagli autori, come discutibile in giudizio di nullità, *la eccezione della prescrizione*.

Io ho notato ai luoghi opportuni che codesta eccezione non sarebbe subbietto della *opposizione* ordinaria in fatto di esecuzione mobiliare e immobiliare; e ho inteso che generalmente parlando, dovrebbe esercitarsi in via di azione e in sede separata. Quando siamo sul tema dell'arresto personale e della sua nullità, gli scrittori insistono sull'ammissibilità di questa eccezione; e io non mi sentirei più così forte nel declinarla di fronte a una contesa di libertà personale. Ma a quali termini si restringe codesta eccezione in una controversia esecutiva! Era forse prescritta l'azione quando si è intentata? Ma se non si allegò la eccezione (1), e l'azione ebbe il suo corso vittorioso, sino alla condanna della quale fu necessario e conseguente il rilascio del mandato personale, dopo il giudicato, come mai potrebbe ammettersi? E dico ammettersi, non solo senza ferire l'autorità del giudicato, ma senzachè lo stesso giudicato formi un ostacolo insormontabile: poichè più non si tratterebbe della prescrizione dell'azione di credito, ma dell'azione nascente dal giudicato (2), che non opera che in luoghissimo tempo. In astratto adunque può concedersi il diritto della eccezione di prescrizione in questo giudizio di nullità; ma non s'intende facilmente la sua possibilità pratica.

5. *Delle concessioni* o *atti di rinunzia del debitore.*

Appena è luogo ad osservare che le adesioni, le concessioni, le rinuncie del debitore, in tutto quanto concerne la sua libertà personale, non fanno nascere a favore del creditore eccezioni legittime per contrastargli (*fin de non recevoir*) l'esercizio dell'azione di nullità il diritto della liberazione.

Molto meno può essergli opposto, che essendosi fatto forte di eccezioni di sostanza, non può indi passare a questionar della forma, ancorchè si produca posteriormente e con altro giudizio (corte di Bourges 30 novembre 1821, *Journal Avoués*, tom. XXIII, pag. 364).

Bisogna però distinguere fra le ammissioni, accettazioni o rinunzie ai *diritti della libertà*, e quelle dichiarazioni che riguardano invece la *causa del credito*. Il creditore in certe circostanze ha emesso un documento, dal quale potrebbe anche risultare ch'egli fosse stato soddisfatto in tutto o in parte del crédito. Con questa sola carta alla mano si è disposti di attribuirvi quel senso che il debitore propugna. Ma che? Il creditore si è munito di una contro-lettera del debitore in cui si confessa tuttavia il debito, e con ciò si dimostra evidentemente che quella spiegazione non è più possibile. La questione della libertà non sarebbe stata, a così esprimerci, compromessa in queste carte; ma solo venne in considerazione il debito, la sua causa, la sua esistenza. Se nel giudizio di nullità, mentre il debitore sostiene il pagamento in forza della lettera del creditore, questi contrappone la dichiarazione del debitore, sarà nel suo diritto.

6. *Se l'arrestato prova di non essere debitore di tanta somma quanta fu enunciata* (articolo 758, num. 4), *l'arresto è nullo?* Niun dubbio: la nullità è comminata dall'art. 762, perchè l'enunciativa della somma non sarebbe corrispondente alla verità, e *sarebbe in danno del debitore*, che per liberarsi, dovrebbe pagare una somma maggiore del suo debito. Se invece si fosse dichiarata una somma minore, il debitore non avrebbe interesse di opporla; la domanda di nullità sarebbe respinta.

Articolo 768.

Quando l'arresto sia dichiarato nullo, il creditore o l'usciere cui sia imputabile la nullità, è condannato al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

È qui una importante variazione: nel Codice del 1859 il relativo articolo 887, modellato sul francese, diceva: *il creditore può esser condannato*, ecc.

(1) Peggio ancora se, allegata, venne respinta.

(2) « Nam secuta condemnatione, actio pristina « convertitur in actionem judicati a qua ita non « valur » Cujaccio.

Ha ben potuto dire la giurisprudenza, che la condanna nei danni ed interessi *non è la conseguenza necessaria della nullità dell'arresto*, ma dipende da circostanze il cui apprezzamento è lasciato al criterio del giudice.

Invece, dirimpetto a quella locuzione, si faceva una ricerca diversa e sottile: *potrà sempre e in ogni caso di nullità, il giudice condannare ai danni-interessi?*

Non era forse una podestà del giudice? Malgrado questo si voleva ch'egli non potesse sempre e ad arbitrio valersene; si prevedeva e riprovava l'abuso (Pigeau, *Comment.*, tom. II, pag. 484; Thomine, tom. II, pag. 379).

La mano posava più leggera sui vizi di forma. Nel caso prima espresso, al creditore mancava il diritto; qui il creditore non è imputabile che di un errore; errore che ha portato fortuna immeritata al debitore, se non contenda e non spinga le sue pretese sino al risarcimento dei danni. Soleva distinguersi fra semplici errori di forma ed atti d'abuso, improntati di mala fede e di carattere vessatorio (corte di Firenze, 20 agosto 1809) (1); di Colmar, 26 agosto 1808; di Bordeaux, 3 dicembre 1828).

Per noi non è più così: l'articolo 768 è imperativo; per qualsivoglia causa l'arresto sia dichiarato nullo, *il creditore* o *l'usciere è condannato ai danni*. Non vi è leggerezza, trascuranza, fatuità scusabile quando si tratta della libertà di un uomo.

Resta a sapere se essendo per altra causa detenuto il debitore, o per reato o per altro debito civile, annullata la ulteriore esecuzione eseguita in via di conferma, sia il creditore condannato al risarcimento dei danni. Quali danni, se il debitore già si trovava e doveva rimanere in carcere? Breve: la condanna nei danni deve sempre pronunciarsi; quali siano, è oggetto della liquidazione; forse anche i danni si risolvono nelle spese sostenute per la difesa.

Articolo 769.

La nullità dell'arresto pronunziata per qualunque causa non induce la nullità della conferma in arresto richiesta da altro creditore, a norma degli articoli 763 e 764.

Annotazioni.

1. *La disposizione di questo articolo è applicabile a quelle conferme che derivano, per altri crediti e diritti dello stesso creditore?*

Vi è molta differenza, quanto alla applicazione di questa legge, fra il caso proposto nel quesito, e quello in essa legge considerato. Perchè la nullità dell'arresto operato da Tizio dovrebbe involvere anche l'arresto operato da Caio, e ricadere su questo creditore che non vi ha colpa alcuna? Ciò potrebbe accadere se l'atto di conferma fosse per una ragione qualunque dipendente dalla esecuzione anteriore; ma è desso un nuovo arresto, come si è avvertito più volte, una operazione che deve presentare, come ogni altra, tutte le condizioni della legalità; e dicesi *conferma*, non quasi sanzione della precedente esecuzione, ma rappresenta che lo stato di cattività del debitore deve durare anche per conto di un altro, e così di altri creditori. Risoluto il primo arresto, il secondo subentra e tiene con pari forza il debitore, talchè senza una particolare ragione, che ora vedremo, non era mestieri di crearne una disposizione speciale, dimostrandosi aperto dai precedenti e dai susseguenti dettati di questo medesimo titolo.

Ma la conferma potrebbe venire dallo stesso creditore, in virtù di altri giudicati che possiede; e allora la dottrina e la giurisprudenza decide che le *conferme* cadono e seguono la sorte dell'esecuzione primitiva (Carré, questione 2717: Favard de Langlade, tom. I, pag. 690; Dalloz, tom. III, pag. 810; Thomine, t. II, p. 374; Chauveau, quest. 2717).

La ragione che si adduce per così risolvere, è principalmente questa: se il creditore che ha eseguito un primo arresto arbitrario e nullo, potesse rimediare con un secondo più regolare, gli si darebbe la pericolosa facoltà di vessare la persona del debitore, ragione che invero non è molto solida, e può essere combattuta; ma noi abbiamo un testo di legge espresso in modo che non lascia più luogo a dubbio. Le sue parole sono evidenti nel precisare il caso nel quale la *conferma* non viene a mancare per la nullità dell'arresto, ed è ove *sia stata richiesta da altro creditore, a norma degli articoli* 763 e 764. Con questa forma noi abbiamo aggiunto chiarezza al testo francese, che dice semplicemente così: *La nullité de l'emprisonnement pour quelconque cause qu'elle soit prononcé, ne importe par la nullité des*

(1) Epoca imperiale.

recommandations. Così dal caso escluso possiamo argomentare al contrario.

2. *Le conferme sopraggiunte (di altri creditori) pendente il giudizio di nullità del primo arresto, questo annullato, sono valevoli?*

La risposta affermativa non è dubbia (Pigeau, *Commentaire*, tom. II, pag. 481; Carré, quest. 2718, ecc.). La ragione è perentoria: perchè non trattasi di *conferma del primo arresto*, ma di conferma invece della stato di prigionia, che la seconda esecuzione ha bastato sola a produrre.

Articolo 770.

Il debitore, quando l'arresto è dichiarato nullo, non può essere nuovamente arrestato per lo stesso debito, se non decorsi giorni cinque dopo la sua liberazione.

Annotazioni.

Se prima dei cinque giorni il creditore la cui esecuzione è stata annullata, possa per altro credito fare arrestare il debitore; o per lo stesso credito confermarlo in carcere.

Anche qui la legge si occupa solo del creditore; non parla *che dello stesso debito;* non allude che al rinnovamento della esecuzione (1). Il terzo è libero nei suoi moti: estraneo alla sconfitta che ha patito il primo creditore e alle sue conseguenze. Il terzo può fermare il debitore sulla soglia della prigione, respingervelo prima che abbia bevuto per un solo istante l'aria della libertà. La difficoltà si presenta per l'altro creditore a cui la legge fa una prescrizione speciale.

Le questioni, come enuncia il quesito, sono due. La prima si risolve molto facilmente. Se *non si tratta dello stesso credito*, se il creditore possiede un titolo esecutivo di cui non ha fatto uso, appena il debitore esce di prigione può farlo carcerare di nuovo; non è questo il caso in cui il respiro dei cinque giorni gli dovesse essere concesso. La seconda questione è alquanto più grave.

Essa è decisa in vario modo dal Carré, Dalloz, Demian ed altri, che lascieremo da parte. Qui si finge la ipotesi che il debitore non possa uscire di prigione perchè altre cause ve lo tengono inchiodato, criminali o civili. Non è per lui che è scritto il benefizio dei cinque giorni. Può *in virtù dello stesso titolo il primo creditore confermarlo in carcere* non trascorso quell'intervallo, ossia poco dopo la sentenza di nullità? In diverse parole, quell'intervallo è concesso solo nell'evento reale della scarcerazione, onde il debitore provveda alle cose sue, o per altro effetto qualunque; ovvero è un *termine fisso* fra l'una e l'altra esecuzione che deve ad ogni modo concedersi al debitore, eziandio non tradotto in libertà? Invero la legge parla chiaro, *non può essere arrestato per lo stesso debito*, e quivi non è caso di un nuovo arresto, che deve intendersi nel più ovvio suo senso: ma di far persistere in carcere un debitore che già vi è; che non può uscirne; che non può reclamare di non dover essere così tosto privato del sospirato benefizio della libertà, di cui non ha potuto godere neppure un momento.

È insomma un caso non contemplato nella *restrizione legale:* ricade adunque nel principio opposto, potere cioè ogni creditore legittimo usare liberamente dei propri diritti. Un obbietto potrebbe trarsi dall'argomentazione che abbiamo fatta nella prima nota dell'articolo precedente, ma si risponde, che gli atti di conferma eseguiti dallo stesso creditore, benchè per crediti diversi (2), cadono anch'essi in odio della prima esecuzione (3): ma non si vogliono in quest'odio, in questa causa d'irritazione contro il creditore eseguente, comprendere gli atti legittimi che, come ogni altro creditore, ha potuto fare *posteriormente alla stessa esecuzione:* siano pure atti di *conferma* immediatamente eseguiti per tenere vincolato al carcere il debitore che vi giace e deve ancora giacervi per altre cause.

---

(1) È manifesto che l'articolo 770 suppone che la nullità sia stata pronunziata per vizi soltanto di forma.

(2) È chiaro che, pendente il giudizio di nullità, non potrebbero esistere *conferme* per lo stesso credito per cui si procedette nullamente all'arresto; poichè queste importerebbero rinuncia alla prima esecuzione, onde il debitore avrebbe diritto di uscire dal carcere e di starsene quieto per cinque giorni. Le *conferme per lo stesso credito* di cui veniamo favellando, susseguono il decreto d'annullamento e la sparizione della prima esecuzione.

(3) Parole di Chauveau: « Le créancier incarcérant ne pouvait pas, *pour réparer une nullité dont il prévoyait d'avance les effets*, conserver par une recommandation concomitante ses droit sur la personne du débiteur ».

Articolo 771.

Il debitore è posto in libertà, quando sia consegnata al custode la somma corrispondente all'ammontare di tutti i debiti, in capitali, interessi e spese, per i quali trovisi arrestato o confermato in arresto.

Se le somme consegnate al custode non siano ritirate dai creditori nel termine di giorni quindici, il custode deve depositarle nella cassa dei depositi giudiziali.

Annotazioni.

1. È scritta nell'articolo 2104 del Codice civile un'umana disposizione, che altrove abbiamo ricordata e lodata (V. le Annotazioni all'articolo 766). Ora come ci viene qui a dire l'articolo 771 della procedura che il debitore è posto in libertà, *pagando in mano al custode tutti i debiti, gl'interessi, le spese, ecc.?* Articolo, aggiungiamo, che non si leggeva nei precedenti codici piemontesi, articolo nuovo. Rispettando la volontà del legislatore, diremo che una vera contraddizione fra codeste leggi non c'è. Sono due diritti, due facoltà distinte. Il secondo, quello cioè della procedura, sembra piuttosto considerare il *modo della liberazione*, che il debitore può procurarsi anche subito, anche senza ricorrere a veruna autorità, appena toccate il carcere, pagando ogni cosa *in mano al custode*, al quale la legge affida questa riscossione. Deve dunque aversi come un beneficio aggiunto senza pregiudizio di quello impartito all'arrestato dal Codice civile. Il quale beneficio esige a maturarsi più tempo, più pratiche, istanze, discussioni di cauzioni, ecc., e non può momentaneamente eseguirsi.

Il benefizio adunque, il vero beneficio, perchè per esistere modifica la ragione del diritto, è quello che nasce dall'articolo 2104 del Codice civile. Esso forza un tal poco la mano ai creditori, li obbliga a non ricevere che un quarto del loro avere, e contentarsi di *cautele*, differendo la riscossione a tempo non definito. Si restringe il diritto per rispetto di umanità: all'incontro l'art. 771 è il diritto rigoroso: non si fa grazia che della forma: torna dunque che sono disposizioni diverse, non contraddicentisi però: chi non può valersi di questa, potrà giovarsi della prima con più agio e in un tempo qualunque.

2. Ma forse il custode che ha ricevute le somme del debito può di sua autorità rilasciare il carcerato?

È ciò che la legge non dice nè per questo, nè per altri casi di liberazione, tranne che nell'art. 775, parlando del quale, farò qualche osservazione relativa.

3. Seguitando lo svolgimento della prima nota, rammento che nella procedura francese l'analoga disposizione dell'articolo 798 pareva non conciliarsi con quella dell'art. 800, n. 2, che pone fra le cause giuridiche della liberazione dell'arrestato il *benefizio della cessione dei beni*. Vi è di più. Una legge emanata in Francia, che fu dal 27 aprile 1832 (art. 24), dalla quale noi forse abbiamo attinto, concedeva essa pure certe facilitazioni nei modi di pagamento per liberarsi dalla prigione; e non consuonava troppo col severo rigore di quell'articolo 798. Che si disse pertanto dagli scrittori di procedura per conciliare queste che sembravano opposte volontà della legge? Il Boitard (num. 1064) ed altri, avanti o dopo di lui, dissero cosa, secondo me, non vera, coll'attribuire al loro articolo 798, cui è perfettamente simile il nostro articolo 771, un senso esclusivo: quello di pagare *per liberarsi provvisoriamente dal carcere*, onde intanto contrastare all'arrestante la validità, il diritto della esecuzione. L'arrestato, si dice, potrà sul momento ottenere la sua libertà, prima che si pronunzi dal competente giudice la nullità dell'arresto. Ma vi è dell'arbitrio in siffatta interpretazione; si fa dire alla legge ciò che in verità non dice; e per evitare il pericolo dell'antinomia, si manomette, mi si perdoni la frase, la intelligenza della legge. La differenza delle applicazioni si ravvisa naturale ed evidente nelle spiegazioni che abbiamo date alla prima nota.

Noi crediamo che il nostro articolo 771 (non diverso, come si è detto, dal francese, articolo 798) non sia da restringersi tanto da non potersi applicare che ad un pagamento provvisorio e condizionale, pendente il giudizio di nullità. Ora meno che mai possiamo nutrire questa opinione, sia perchè la legge moderna avrebbe certamente approfittato dell'esperienza per mettere il proprio dettato in armonia con quella dottrina, sia per la maggiore estensione che ha presa la nuova forma dell'articolo stesso.

Non si esclude però che quel senso, che se-

condo altri sarebbe unico, non sia compreso nell'articolo. Ragioniamo ora un momento sotto questo aspetto.

Il debitore ha pagato. Cos'ha pagato? Il suo debito o no? Se era in realtà debitore, se la sua questione di nullità non si aggira che sopra vizi di forma, perchè, vincendo, gli sarebbe restituita la somma? A qual titolo potrebbe pretendere una restituzione? Una proposta di questo genere si presentò nei dibattimenti che precedettero la legislazione del Codice di procedura francese, e un articolo del progetto (812) dichiarava, che per ogni caso di annullamento la somma si dovesse restituire, ma per osservazione del tribunato la proposta fu respinta, e non passò in legge (Locré, *Esprit du Code de procédure*, tom. III, pag. 399). La restituzione si disse ingiusta, immorale, e che riserva o protesta non valesse a legittimarne il diritto, salvochè l'esecuzione non fosse annullata per difetto di azione o di credito.

Colla intelligenza più estesa e più ragionevole che noi abbiamo data a quel disposto, è una conseguenza che rientra mirabilmente nel nostro sistema. Ammettiamo la stessa distinzione. Chi paga il proprio debito, non può avere una *conditio indebiti* per ripetere il pagato. Se la esecuzione fu annullata per vizio di forma, si avrà diritto al risarcimento dei danni, ma il pagamento sarà restituito.

4. *Se atteso il pagamento eseguito dopo l'arresto di una parte della somma dovuta, riducendosi il debito a tale che, così stando in principio, si sarebbe assegnata all'arresto una durata minore, si faccia luogo a riduzione del tempo, o anche alla liberazione.*

La ragione che può addursi per l'affermativa diverrebbe più forte, se la ipotesi si aumenti di un elemento involontario, di un elemento operante di pieno diritto, quale sarebbe la *compensazione*. Caio è in prigione per un debito di 10,000 lire; questa è la somma enunciata nella sentenza, e perchè la somma è tanto grave, la durata dell'arresto è portata a due anni. Ma, fors'anche in virtù di documenti che l'arrestato non ha potuto raccoglier prima, si prova chiaramente che il debito si riduce a lire 1000, essendosi pagate certe cambiali passive a Sempronio, creditore, che erano in mano di terzi. Liquidato così il vero debito di Caio, residua a somma tanto piccola che non tiene più proporzione col supposto e giudicato credito. Ma se il debito si fosse veduto allora nella sua vera entità, e così lieve, appena di tre o quattro mesi avrebbe il debitore subita la carcere d'arresto.

Ha un bel dire il Chauveau: « Le droit du « créancier doit être considéré à son origine, « il ne dépend pas du débiteur de l'affaiblir, « de le transformer; tant qu'il n'aura pas rem- « pli ses obligations, il subira la peine de son « accomplissement » (quest. 2127 bis). Io entro precisamente nella sua idea, se trattasi di pagamenti parziali fatti dal debitore durante l'arresto. Il creditore che li riceve, e che non è tenuto a riceverli, giova piuttosto al debitore coll'agevolare il mezzo della sua liberazione. Ma se *per una causa preesistente* all'arresto, il debito reale si trovava già di lunga mano attenuato, l'equità e la giustizia impongono che la durata dell'arresto sia proporzionalmente diminuita. Nè si dica che si farebbe con ciò offesa al giudicato. La questione della compensazione non essendo stata presentata al magistrato giudicante, non potè nascere su questo punto la cosa giudicata.

5. *Del pagamento offerto sotto condizioni o riserve.*

Qui bisogna distinguere. Il debitore imponendo di suo arbitrio e capriccio condizioni al creditore che avrebbero per effetto di ritardare il pagamento, non libera il debito, nè se stesso dalla prigione. O pone condizioni del pari illegittime e capricciose, ma che non ritardano il pagamento, il creditore ha due diritti: rifiutarlo, ovvero accettarlo rigettando le condizioni, che non lo vincolano in alcun modo. O le condizioni sono giuste e legittime, procedendo dalla posizione stessa del debito, per esempio, di cancellare l'ipoteca relativa, o di provare di avere soddisfatto a certi oneri, o di presentare una certa cauzione, o dimostrare i mezzi d'impiego o di erogazione della somma, tutte cose che il debitore ha diritto di trovar congiunte col pagamento del suo debito, è manifesto che al rifiuto ingiusto del creditore esso può invocare dal magistrato la sua liberazione, *tamquam debito soluto*.

In codeste varie ipotesi non suppongo un'offerta di parole e di ciarle; ma che la somma sia stata proprio consegnata al custode. Aggiungo però che *ove il pagamento non sia puro e semplice*, il custode non può di suo atto liberare il debitore, e deve aspettarsene la decisione del magistrato.

Quanto alle *riserve*: inutili, non avrebbero alcun risultato, e il creditore, accettando il pagamento, può sconoscerle o disprezzarle. Utili e giuste, sono un diritto di chi paga, e non poche volte sarà anche necessario lo esprimerle. In ciò convengo colla dottrina di Thomine, tom. II, n. 382, e di Chauveau, quest. 2732.

6. *Se durante il corso dell'arresto, l'arrestato ricadesse in uno dei casi d'inibizione contemplati dall'art. 2098 del Codice civile, avrebbe diritto alla liberazione* (Chauveau, q. 3739 bis).

7. *Della estrazione provvisoria del debitore dal carcere.*

Noi non troviamo nel nostro Codice una legge che permetta la scarcerazione del debitore per causa di sofferenza troppo penosa, di malattia, d'imminente pericolo della salute, e simili; ma dovrebbe bastare il trovarla scritta nel codice dell'umanità.

Un gran numero di decisioni delle corti francesi, le convinzioni dei più illustri autori che scrissero di questa materia, di Merlin, Berriat, Favard de Langlade, Coin-Delisle, concordano nel riconoscere il dovere che si ha di metter fuori di carcere il debitore per cause urgenti di salute, se negli stabilimenti carcerari non fosse luogo opportuno per l'infermo o per quella infermità; per aria infetta, per minaccia di contagio, ecc. Convengo che nella brevità del tempo a cui oggi si circoscrive l'arresto personale (1), che nella mondezza dei luoghi, nelle comodità e nei sussidi d'ogni maniera che la civiltà procura (o dovrebbe procurare), il caso sarebbe fortunatamente assai raro. Nondimeno stando nel limiti del nostro soggetto, diciamone qualche cosa. Perchè non si disponga arbitrariamente della persona del debitore che, per quanto sia umiliante il dirlo, è un pegno nelle mani dei creditori, la giurisprudenza francese esige che siano citati i creditori pei quali sta in carcere, e in contesto loro si discuta il valore delle prove e la necessità di tale misura. Deve quindi istituirsi un giudizio contraddittorio. Vero è che intanto la persona, oggetto della disputa, potrebbe morire.

Qualche disposizione a regolare questo movimento si trovava nella legge del 4 vendemmiale, anno VI. Non si trattava di trasportare l'arrestato alla propria casa, ma in una casa di salute, in qualche ospizio che dovrebbe essere istituito per simili evenienze. Ma per un tale trasporto che non sarebbe altro che un mutar carcere, stando sempre in poter della legge e dei suoi vigili custodi, perchè dovrebbe farsi un giudizio, perchè dovrebbero esserci delle difese, perchè il magistrato coi certificati dei professori sanitari, in camera di consiglio non potrebbe ordinarlo? Non sarebbe piuttosto disposizione di regolamento interno?

Strane sentenze si videro su questo soggetto. Si pretesero delle sicurtà, delle cauzioni, consenso dei creditori per esercitare un ufficio di umanità. Il Chauveau ne fa ad esse giusto rimprovero (in Carré, quest. 2723).

Fin qui non troviamo che il carcerato abbandoni veramente il suo carcere; solo si vede passare da un luogo di detenzione ad un altro più salubre e più tollerabile. Dice il Chauveau, e può esser vero, che la sospensione dello stato d'arresto è possibile, e deve accordarsi in casi gravissimi, e, com'egli si esprime, di assoluta necessità. Decisioni in questo senso non credo che ce ne siano; se ne incontrano parecchie che negarono il diritto di estrazione dal carcere; vero è che i motivi addotti non sono che di fatto, respingono le cause relativamente deboli per cui se ne faceva la domanda, lasciando travedere il principio che non si trovò in quei casi applicabile (corte di Parigi, 5 dicembre 1828, e di Douai, 7 dicembre 1830, *Journal du Palais*, 3ª ediz., t. XXII, pag. 434, e t. XXIII, pag. 924).

Articolo 772.

Il debitore è posto in libertà, se vi consentano i creditori, ad istanza dei quali trovisi arrestato o confermato in arresto.

Si fa risultare del consenso per atto ricevuto da notaro, o per dichiarazione fatta nel registro di cui nell'articolo 760.

L'atto di notaro è inserito dal custode nel registro stesso; la dichiarazione è sottoscritta dai creditori, da due testimoni aventi le qualità espresse nell'articolo 594, e dal custode.

Articolo 773.

Il debitore è altresì liberato se giustifichi legalmente di aver compiuto l'età di anni sessantacinque.

(1) In epoca più lontana poteva durare tutta la vita.

Articolo 774.

Quando allo scadere del periodo per cui furono anticipati gli alimenti non ne sia fatta una nuova anticipazione per un periodo successivo, in conformità dell'articolo 761, il debitore è immediatamente liberato dal custode, e non può più essere arrestato per lo stesso debito.

Annotazioni.

1. Le legislazioni si vennero mutando. Il vecchio art. 804 del Codice di procedura francese ordinava che, essendo stato prosciolto il debitore dal carcere per non fatto deposito dell'importo legale degli alimenti, non solo doveva essere ristorato delle spese, ma nel nuovo arresto, che si poteva ripetere, era posta condizione al creditore di dover depositare al custode sei mesi anticipati. La legge del 17 aprile 1832 con tutt'altro sistema decretò: « Le débiteur élargi, faute des consignations « des aliments, *ne pourra plus être incarceré* « *pour la même dette* » (articolo 31 di detta legge). L'ordinamento dell'articolo 804 della procedura francese era stato adottato dal Codice napoletano (articolo 887). Il Codice civile albert. accolse invece la miglior decisione dell'ultima legge francese e prescrisse nell'articolo 2122 che in questo caso *il debitore non poteva più essere carcerato per lo stesso debito*. La disposizione giaceva fuor di luogo: ora dal Codice civile è passata a quello di procedura ov'è il suo posto.

2. Una decisione della corte di Bruxelles, del 28 giugno 1821 (*Journ. du Palais*, 3ª ediz., tom. XVI, pag. 710) ordinò dovesse rimettersi in carcere il debitore ch'era stato liberato per difetto di deposito degli alimenti per errore di calcolo purchè in effetto esistesse un regolare deposito. Se ci capitasse questo caso, farebbe forse ostacolo la legge che proibisce la rinnovazione dell'arresto per lo stesso debito? No: perchè non sarebbe colpa del creditore ma del custode che fece male il conto. Quest'esempio ci spinge a domandare se la facoltà data al custode di liberare per sempre il prigioniero, senza intervento di magistrato, non fosse troppo ampia. Provato intanto in regolare giudizio l'errore incorso, e l'adempimento per parte del creditore, il debitore non avrà acquistato diritti, e dovrà rivedere la carcere. In tal caso non si dovrebbe ripetere le formalità preliminari dell'arresto, ma tutte le altre concomitanti e susseguenti l'atto di esecuzione dovrebbero essere osservate. Non avrebbe applicazione l'articolo 770.

3. Resta osservare l'effetto di questa legge rispetto a confirmatari dell'arresto.

Il creditore che ha praticata la conferma è obbligato contribuire alla metà degli alimenti (articolo 765). Ebbene egli ha fatto il suo dovere; ma il primo creditore vi ha mancato. In effetto però il carceriere, all'ultimo del mese non trovandosi in mano che la metà della somma che dovrebbe avere, secondo il rigore dell'articolo 774, egli dimette il carcerato. Può farsene carico al custode? Può dirsi illegittima la liberazione? Non pare, poichè rimpetto allo stabilimento carcerario la metà della pensione, ossia l'anticipazione di quindici giorni, non equivale all'anticipazione per giorni trenta. Nonostante si sente la mancanza di una disposizione che avrebbe dovuto riparare lo sconcio; perchè il custode non sarebbe tenuto ad avvertire il creditore confirmatario ignaro d'ogni cosa, e che sarebbe pronto ad integrare il deposito? L'articolo 765, capoverso 2, dice bensì che *le somme depositate non possono esser ritirate dal deponente se non avvertendo dieci giorni prima gli altri creditori*. Ma qui non si tratta di *ritirare le somme*, ma di non pagarle: e niun obbligo è perciò ingiunto al creditore, che dal canto suo è punito nelle conseguenze. La legge insomma non provvede. Per evitare il danno della liberazione, il creditore confirmatario dovrebbe allo scadere di ogni periodo, depositando il suo quoto, curare il deposito delle altre parti, e surrogarsi al mancante; premio della sua diligenza sarebbe che per questo titolo il debitore non potrebb'essere liberato.

Ma pure liberato, saranno forse i confirmatari colpiti dalla dichiarazione dell'articolo 774?

La questione è stata esaminata, e si è con ragione deciso, che la sanzione non percuote che quel creditore che ha mancato all'obbligo del deposito; e la produzione del nuovo arresto non è riferibile che allo *stesso credito* (Fœlix, pag. 62; Coin-Delisle, pag. 110, n. 3; Chauveau, quest. 2750 bis).

Articolo 775.

Il debitore è altresì liberato dal custode allo scadere della durata dell'arresto.

Articolo 776.

Nei casi indicati negli articoli 771, 772 e 773 il debitore che voglia essere liberato, deve presentare la domanda al pretore o al presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione si trova in arresto, secondochè i debiti, pei quali fu arrestato o confermato in arresto, eccedano o no la somma di lire millecinquecento.

La domanda è sottoscritta dal debitore. In fine di essa il custode certifica la consegna delle somme di cui nell'articolo 771.

Devono unirsi alla domanda i documenti indicati negli articoli 772 e 773. Per la dichiarazione fatta sul registro, a norma dell'articolo 772, basta una copia di essa sottoscritta dal custode.

Annotazioni.

1. *Se e quando possa il custode di suo moto liberare dal carcere il prigioniero, e quando si ricorra al magistrato.*

La legge francese non si è pronunziata chiarnmente, ed ha lasciato luogo a diverse opinioni, delle quali più avanti daremo un cenno. Vediamo lo stato della precedente legislazione in Piemonte precedente le riforme del 1859.

Le stesse cause di liberazione, quantunque confusamente indicate; alcune omesse. Alcuni *ordini di rilascio* erano nella competenza del presidente: quando avevano per causa *il consenso dei creditori, il difetto di anticipazione degli alimenti, il non essersi dal creditore intentata l'azione formale di pagamento del credito entro otto giorni, trattandosi di arresto provvisorio*, allora permesso (articoli 890, 891, 892 di quel Codice). *In tutti gli altri casi* si doveva ricorrere *al tribunale del luogo in cui il debitore è arrestato* (articolo 894), citati i creditori.

Quella tendenza che in ogni parte della nuova legge traspira, di mitigare la condizione dell'arrestato, ha creato certe distinzioni nuove sulla facoltà di rilasciarlo; in alcuni casi vedesi sottratta all'autorità giudiziaria e buonamente affidata allo stesso custode delle carceri, e sono quelli alla lettera indicati negli articoli 774 e 775.

Anche la dottrina francese, nella oscurità di quella legislazione, aveva sentito che, rimpetto a certe condizioni di cose per sè dimostrate, non dovrebb'esitarsi di conferire al custode immediatamente la facoltà del rilascio, e s'indicavano gli art. 798, 800 di quel Codice con che si dava invero a tale potere del custode una grande estensione, comprendendo l'articolo 800 le cause più importanti e gravi della liberazione (Demiau-Crouzilhac, pag. 484 e 485; Lepage, *Quest.*, p. 533; Carré, p. 2736). In effetto, si diceva, le cause dell'arresto erano cessate; e il custode si farebbe reo di detenzione arbitraria col prolungarla. Con ciò per altro non si escludeva il ragionevole rifiuto del custode in caso di dubbio; ed allora il ricorso al presidente era di diritto; ricorso stragiudiziale, e la risoluzione del presidente qualificavasi una misura di polizia. Aggiungevasi alle altre cause quella del termine dell'arresto, che è il soggetto del nostro articolo 775, la meno suscettibile di contestazione.

L'articolo 776 è preciso nell'avvisare a quali casi si richiegga l'intervento del giudice. Il pretore o il presidente pronunziano sulla semplice domanda del debitore, senza concorso delle parti, in via del tutto interna e stragiudiziale.

2. Ma il presidente o il pretore decidono forse a questo modo ogni questione di diritto che può presentarsi, anche gravissima, sulla liberazione del debitore?

È ciò che io non posso credere. Darò in prima a questa opinione un appoggio che chiamerò tecnico, tolto dal seguente articolo 777. Ivi si suppone una questione giudiziale e la pronunciazione di una sentenza. La questione difatti può esistere *in re ipsa*, e presentarsi al giudice in guisa che non potendo risolverla senza contraddizione degli interessati, ordini egli stesso la citazione avanti il tribunale; o

se questo giudice è il pretore, avanti di sè in sede contenziosa (1). La questione poteva essere sollevata dai creditori, quando si presentò la domanda della liberazione; e allora, dal caso in fuori di evidente diritto, il giudice se ne rimette egualmente alla via contenziosa. Finalmente anche dopo la liberazione può sorgere la disputa per parte dei creditori, e l'annullamento dell'atto di liberazione potrebbe esserne l'oggetto.

Gravi controversie difatti possono formarsi sotto l'apparente semplicità di codeste disposizioni della procedura. Fu veramente pagato tutto il debito con tutti i suoi accessorii, ad esaurimento dell'articolo 771? Vi è l'assenso formale, semplice, incondizionato dei creditori giusta l'articolo 772? Le varie contestazioni delle conferme altre quistioni possono suscitare; ed altre ancora potrebbero sorgere dagli articoli 2096, 2103, e dai due seguenti del Codice civile, estranei, o almeno non considerati nelle norme della procedura.

Già il richiamo che abbiamo fatto a suo luogo dell'articolo 2104 dello stesso Codice ci ammoniva che una disposizione *sui generis*, e pertinente alla procedura, era scritta nella legge civile ove la competenza è variamente regolata, secondo che quel modo di pagamento sia proposto dal debitore *prima* o *dopo l'arresto*. (Il giudice che ha pronunziata la sentenza; o del luogo dell'arresto). Non sarà chi possa dubitare della permanente autorità dell'articolo 2104, cui il Codice di procedura non ha derogato, nè potuto derogare in veruna parte. Questi regolamenti difatti si svolgono dal fondo della legge civile e da'suoi normali dettati, li rappresentano sul campo dell'azione, con essi si spiegano, ad essi costantemente si riferiscono. Non un articolo della procedura si mette in contrasto, neppure indiretto, coll'articolo 2104.

Ciò che è molto notevole in fatto di competenza si è, che questa legge non riconosce che quella sola del *tribunale civile*, ed esclude la pretoriale senz'appellazione di valore, forse perchè la complicazione che va a prodursi da quel disposto è tale che esige una più completa garanzia giudiziaria. La legge avrà avuto la sua buona ragione per risolvere altrimenti, ove la domanda *sia anteriore all'arresto*.

3. Poichè siamo tornati sul discorso di quell'articolo, facciamo attenzione sull'esito del non eseguito pagamento, che è di rimettere il debitore in balìa del creditore, che potrebbe nuovamente farlo sostenere *per la compiuta esecuzione della condanna*.

Il beneficio ottenuto ed abusato fa sì che non si avrà alcun riguardo al pagamento in parte eseguito per quanto concerne la durata dell'arresto, salvo di computare il tempo già passato in carcere (2).

Altro corollario può dedursene; che i creditori non hanno obbligo di escutere le cautele prima di procedere al nuovo arresto, rendendosi ciò manifesto dalle ultime parole, *ferme le cautele dategli* (al creditore) *per la sospensione dell'arresto*.

Ma se si fossero già esercitate le azioni o ipotecarie o contro i fideiussori, ciò forse importerebbe rinunzia alla facoltà dell'arresto personale?

Credo doversi risolvere in questo modo. Che *una via electa* non si possa interrompere il giudizio civile per convolare bruscamente alla esecuzione personale, ma doversi esaurire le cauzioni, e sono anche d'avviso inchiudere accettazione di quella maniera di pagamento, e più non potersi rinnovare l'arresto.

Cosa evidente che i fideiussori anche solidali, non incontrano che un'obbligazione comune, sebbene si facciano mallevadori di un credito che può scontarsi coll'arresto dal debitore principale.

Articolo 777.

Le sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto o la liberazione del debitore possono, anche d'uffizio, essere dichiarate esecutive non ostante appello.

L'appello dalle dette sentenze deve proporsi entro giorni quindici dalla fattane notificazione.

Annotazioni.

1. Raccogliamo i diversi modi di sentenziare che hanno luogo in fatto di arresto personale.

a) Sentenze definitive e passate in autorità di cosa giudicata, ordinanti l'arresto (articolo 750, in principio).

(1) Anche in relazione alla regola dell'art. 570.

(2) Si osservi come questa dottrina si concilii con quella apparentemente diversa esposta al num. 4, Annotazioni all'articolo 771.

b) Sentenze appellabili, che ordinano la esecuzione provvisoria dell'arresto (ivi).

c) Ordinanze dei presidenti e pretori nei casi dell'articolo 776.

d) Sentenze dei tribunali civili e dei pretori in sede contenziosa negli stessi casi.

e) Sentenze dei tribunali civili sotto il governo dell'articolo 2014 del Codice civile.

2. Ora che esaminiamo le vie d'impugnazione delle sentenze, notiamo che il debitore, contro il quale fu eseguita la sentenza provvisoria d'arresto, può domandare incidentalmente, o in via sommaria, la sua scarcerazione per analoga applicazione dell'art. 484.

Questo articolo fu cauto di avvertire che la *inibizione*, che in materia di arresto si traduce in liberazione (1), si accorda ove si dimostri che la esecuzione provvisoria venne ordinata *fuori dei casi dalla legge indicati*. E la legge difatti li indica codesti casi (art. 363). Niuna disposizione regge la esecuzione provvisoria delle sentenze d'arresto. Noi sappiamo che i giudici possono ordinarla: per quali cause, civilmente parlando, non sappiamo. Pei giudizi di commercio si ha l'articolo 409 della procedura civile, che avvisa la speciale proprietà di tali giudizi di essere eseguibili provvisoriamente, certo per la materia loro; ed ivi è appunto che l'arresto personale può considerarsi come un mezzo ordinario di esecuzione fra' commercianti (2).

In tale stato della legislazione il magistrato d'appello non avendo regole fisse cui attenersi (3), non accorderà per altro la scarcerazione provvisoria che alla dimostrazione di un chiaro e forte gravame, e principalmente se si vedesse di tratto che non era il caso di decretare l'arresto personale.

Se la causa è portata in rivocazione o cassazione, l'arrestato non può sperare la sua dimissione provvisoria, sino al termine del giudizio. È chiaro che la corte suprema, cassando la sentenza, non pronunzia sul fatto della scarcerazione, il che dipende dal magistrato di rinvio.

3. Più facile accordare *incidentalmente* la scarcerazione provvisoria (equivalente, come si disse, alla *inibizione*) nei casi ordinari, se *la condanna fu contumaciale.*

Ne faccio nota per raccomandare alla memoria, che sino a queste ultime regioni della *esecuzione personale* domina la regola generale scritta nell'articolo 574.

4. Nel Codice del 1859 (articolo 895) fu provveduto ad un grave bisogno della legislazione, stanziando che *le sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto* possono dichiararsi provvisoriamente eseguibili. In Francia, ove la legge tace, se n'era sentito il bisogno dalla giurisprudenza; dalla giurisprudenza che porta avanti, se mi accordate il permesso di dir così, la bandiera del diritto progressivo, e inaugura, per virtù di esperienza, le future riforme. Noi impazienti d'attualità, e bramosi di cose nuove, mutiamo leggi ad ogni volger di luna; i francesi, e più di loro gl'inglesi, si attaccano al passato, e si fanno oltrepassare dalle idee senza inquietarsene: se sia un bene o un male, io non lo so. Intanto i giuristi francesi, su ciò che determina il Codice sardo del 1859 e il nostro articolo 777, si dibattono ancora con discordi opinioni (Demiau, p. 486; Thomine, tom. II, pag. 389; Pigeau, *Comment.*, tom. II, pag. 482; Carré, quest. 2739, ecc.).

5. Le sentenze che *pronunziano la nullità dell'arresto* o *la liberazione* del debitore sono appellabili, dice il nostro articolo 777: ma lo saranno quelle eziandio che *rigettano la domanda di nullità*, e nello stesso termine di quindici giorni.

La causa d'appello è sempre fra il debitore e i creditori che lo tengono in arresto. Il campo di questione è circoscritto fra loro. Il creditore ha dovuto eleggere il suo domicilio giudiziale (articolo 758, n. 2), e a quello saranno notificate le citazioni d'appello.

(1) Come l'unico modo d'impedire che la esecuzione provvisoria *abbia seguito.*

(2) Speciale è pure la disposizione dell'art. 731 del Codice di commercio.

(3) S'intende in questioni civili, non commerciali.

FINE DEL LIBRO SECONDO.

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

LIBRO TERZO

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO TERZO

DEI VARI PROCEDIMENTI SPECIALI

TITOLO I.

DISPOSIZIONI COMUNI PER LE MATERIE DA TRATTARE IN CAMERA DI CONSIGLIO.

Articolo 778.

Si provvede in camera di consiglio:

1° In materia di giurisdizione volontaria, salvo che la legge stabilisca diversamente;

2° Nelle altre materie da trattare senza contraddittore;

3° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

1. Quando si dice *materia di giurisdizione volontaria*, c'intendiamo subito; se si domandasse spiegazione del nome, la miglior risposta sarebbe che si chiama così per opposizione alla *giurisdizione contenziosa*. Il nome è antico, e ci deriva dalle leggi romane (1). Diverso il meccanismo della competenza, più esteso l'esercizio della giurisdizione volontaria; simile il significato della parola. Difatti la Leg. 2, Dig. de officio procons. pone in evidenza la notata antitesi; ma qualche particolarità storica si annette a quel sistema, e produce una certa differenza sulla natura stessa dei due esercizi. È noto che i proconsoli erano dei magistrati *provinciali*, ed esercitavano giurisdizione contenziosa nella loro provincia, ordinariamente per mezzo di legati Leg. 4 eod.). Ma per esercitarla legalmente era d'uopo essere nel territorio, nella provincia assegnata; all'incontro la giurisdizione volontaria potevasi fungere dal proconsole *statim quam urbem egressus fuerit*, come si esprime Marciano nel citato frammento; e così fuori del territorio nel quale si circoscrive l'impero del magistrato, osservazione che non è sfuggita a Merlin. Tutto ciò non prove-

(1) «Statim quam, urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, *non contentiosam sed voluntariam*...» (Leg. 2, Dig. de offic. procons.).

rebbe altro fuorchè la giurisdizione contenziosa e la volontaria sono dne modi diversi dell'esercizio del potere gindizlario, ma resta a sapersi la ragione essenziale di codosta varietà.

La giurisdizione volontaria snol dirsi essere necessaria *quoad judicem*, ma si esercita *inter volentes*, ed ecco perchè il diritto romano, nella iudefettibile sua logica, ammetteva l'uso di qnesta facoltà anche *extra territorium*, poichè non operando *in invitos*, non s'imponeva, non limitava la libertà giuridica di veruno: si presentava piuttosto come un soccorso e un benefizio dei postulanti.

La nostra leggo dice — in *materia di giurisdizione volontaria*, non la definisce, e non importa: la scienza risponde (1). Ma nei due numeri che stanno a costa fa divedere: 1° che in camera di consiglio si trattano anche materie che alla volontaria giurisdizione non appartengono; 2° che non tntte le materie tenenti alla volontaria giurisdizione si trattano in camera di consiglio; 3° che vi sono materie che si gindicano *senza contraddittore*, e nondimeno hanno altro carattere che di giurisdizione volontaria.

Per noi ogni giurisdizione è territoriale. Gli nffizi della ginrisdizione non contenziosa ora appartengono al tribunale civile ed ora alla corte, come mostreremo un po' più avanti, ma la loro potestà non sorpassa il limite del loro territorio rispettivo; ed è subordinata, come ogni altra, al sistema generale distributivo della competenza dei singoli magistrati.

2. Entriamo un po' più addeutro nella partizione di codesti uffizi, secondo il sistema della nostra legislazione.

L'esercizio della giurisdizione volontaria, propriamente detta, è qnello che meno affatica il magistrato in camera di consiglio (2). I contratti dei minori, gli atti di emancipazione, di adozione e simili, sono per regola deliberati dai consigli di famiglia, proponente il tntore o protutore, l'adottante o l'emancipante, con atti cui assiste o presiede il tutore o qnalche altro singolare magistrato (art. 301, 311, 313, ecc. del Codice civile). Ciò spiega quella riserva del num. 1 dell'art. 778, *salvo che la legge non stabilisca diversamente*. Non vorrei dimorar troppo in una ricerca di tenue interesse; ma parmi siano ben pochi i casi in cui la legge *non stabilisca diversamente*.

Freqnente, è vero, è la formalità dell'omologazione del tribunale rapporto a quegli atti ed altri ancora che hanno nn carattere alqnanto diverso (articoli 275, 276, 293, 301, 311, 313 del Codice civile): formalità che è insieme un giudizio di approvazione o di negazione che rende il tribunale in camera di consiglio; ma noi già siamo fuori della cerchia degli atti di volontaria giurisdizione, ed entriamo nel num. 2 del nostro articolo.

Sono queste *le materie che si trattano senza contraddittore*, e perciò senza forma prescritta, o si risolvono con decisione interna, che non ha carattere di sentenza nel senso prettamente gindiziale; ed è qnesta la maggior mole di affari che si versa nelle camere di consiglio.

Sono atti fuori della ginrisdizione volontaria, ma offrono anche fra loro delle varietà; rassegnarne alcune non sarà tempo perdnto.

Pare che si possano dividere in sei classi.

a) Deliberazioni che compiono e perfezionano la personalità ginridica degli incapaci, qnali sono gli atti di omologazione ai quali si riferiscono i sopra citati articoli del Codice civile. Può aggiungersi l'articolo 876 della procednra.

b) Deliberazioni che riguardano materia contenziosa di sua natura, ma per circostanze speciali di convenienza sono trattate in camera di consiglio dal tribunale o dalla corte. Si pronunziano vere sentenze (art. 125, 130 della procedura).

c) Deliberazioni del genere amministrativo (articoli 793, 794 della stessa).

d) Ordini che, per l'interposizione dell'autorità del magistrato, servono a completare pubblici uffizi, atti d'interesse generale, di decoro e convenienza famigliare (art. 798, 845, 811).

e) Facoltà di esercitare azioni giudiziali (articoli 801, 802, 787).

f) Atti sperimentali che tendono a stabilire materiali di prova, a preparare risoluzioni definitive (articoli 401 e 838).

Onde emerge eziandio la ragione del n. 3 dell'articolo 778, perchè in realtà non è neppur sempre vero che codesti affari che si trat-

(1) Il Fœlix, lo uo bel passo, che è troppo lungo perchè si possa qui trascriverlo, ha questo concetto, che il carattere essenziale della differenza che esiste fra la giurisdizione volontaria e contenziosa si è: che nella volontaria gli atti si reputano *opera della parte stessa*, ai quali il giudice non fa che imprimere l'autenticità: quando nella contenziosa il giudicato emana direttamente dal giudice (*Droit international*, num. 316).

(2) E questo è il tema cui dobbiamo stringerci, perchè è quello dell'articolo 778.

tano in camera di consiglio siano solitari, e manchino dell'intervento delle varie parti interessate (V. articolo 845).

—

È piaciuto ad uno dei più chiari professori della università di Roma, il prof. Saredo, di pubblicare un libro (1), *Del procedimento in camera di consiglio, e specialmente per le materie di volontaria giurisdizione*, nel quale la materia è trattata colla più desiderabile ampiezza, con opportuna erudizione e con criterio sempre sicuro. Io sono lieto nell'amore della scienza che quello che mancò al mio libro (costretto dall'ampiezza del tema a una brevità relativa), sia stato aggiunto dal suo e illustrato in guisa che io non avrei saputo fare. Intendo di rendere omaggio alle sue giuste considerazioni, in parte riassumendole, in parte svolgendo alcune idee che vi sono virtualmente comprese.

È una forma della giurisdizione assegnata sì alle materie di quella che chiamasi *volontaria*, sì ad altre che per ragioni di convenienza e d'ordine vogliono essere trattate in un consiglio interno della magistratura giudicante, lontano dal rumore delle pubbliche discussioni, con facile rito e con risoluzioni pronte e spedite. O si portino a questa giurisdizione certi subbietti delicati per non abbandonarli di tratto a un litigio irritante; o si adottino provvedimenti che senza offendere alcun diritto, giovano alla regolarità dei processi; o si faccia pronta ragione d'interessi che senza grave danno privato o pubblico non potrebbero stare lungamente sospesi; o si emettano deliberazioni del genere complementario per integrare e perfezionare atti volontari che il legislatore prosegue con particolare interesse, o altre decisioni si prendano che difficilmente potrebbero ridursi a categorie, un vero progresso del diritto giudiziario è segnalato in questa istituzione, e tuttodì se ne sperimentano i benefici influssi. Qual maraviglia pertanto se coordinandosi a tutto il sistema, essa riceve un'impronta organica come ogni altra consegnata nel Codice di procedura, e sia sottratta all'arbitrio giurisdizionale vuoi delle parti o dei magistrati?

E poichè la *volontaria giurisdizione* è regolata dalla legge, il prof. Saredo discorrendo degli errori più notevoli che sfuggirono intorno a questo punto, dice opportunamente: « Il « primo errore nasce dal credere che un affare « è di volontaria giurisdizione quando le parti « sono d'accordo fra loro, e che a dare la com« petenza alla camera di consiglio o al pretore « basta che tutte le parti interessate solleci« citino concordemente i suoi provvedimenti » (num. 109).

Bisogna convenire che tutto ciò procede da impero legislativo, giacchè in altre legislazioni, che da poco tempo sono tramontate, sotto la influenza del diritto romano, si teneva molto più al principio *inter volentes*, essendo certi giudici destinati ad escreitare questa giurisdizione con facoltà non esclusiva ma simultanea; e le parti potevano scegliere senza termine di somma, senza distinzione di materie, il loro giudice in ogni parte del territorio dello Stato. Con siffatte reminiscenze è facile errare. Ora vi è una competenza anche per queste materie, una competenza territoriale determinata.

È osservabile che ogni disposizione determinatrice della competenza inchiude a un tempo la *indipendenza* e il *limite* della giurisdizione che vi si contiene. La *indipendenza*, occupando un luogo che altro magistrato non può usurpare; il *limite*, poichè non si può eccedere quella data periferia materiale o morale. Quindi la *volontaria giurisdizione* è una specie che in parte ha perduto della sua antica significazione, se non che presuppone l'accordo delle parti. Le quali si presentano al giudice quasi tenendosi per mano e non in atto di percuotersi come nei giudizi del contenzioso, e vanno in pace a chiedere la sanzione dei loro voti ai quali la loro volontà sola non può dare la impronta della legalità. In ciò la *volontaria giurisdizione* ritiene il suo carattere distinto. Nondimeno, come si diceva, non hanno l'arbitrio del giudice, e il giudice non ha l'arbitrio di rispondere, o di non rispondere scioltamente da ogni forma; deve rispondere secondo ragione se è competente; e se non è competente, astenersi.

Indi rileviamo la ragione per cui la nostra legge non ha fatto un posto speciale nell'ordine delle giurisdizioni a quella che chiamasi *volontaria*. Si è calcolato che la stessa forma si presta congrua e conveniente anche a soggetti di varia natura qualora non siano di quelli che *clamantibus vocibus* si devono discutere in contraddittorio: ai giudici il distinguere il loro soggetto e applicarvi decisioni opportune.

Il professor Saredo ha trattato coll'ingegno consueto del passaggio dalla sfera serena

(1) Roma, stabilimento G. Civelli, Foro Trajano, num. 37, 1872.

della camera di consiglio alla sede contenziosa, e vi ha dedicato gran parte dell'eccellente suo libro (pag. 100 e seguenti). Qui bisogna por mente che vi hanno materie che sfuggono alla camera di consiglio per qualunque formale opposizione; altre che restano nel suo dominio malgrado l'opposizione; altre finalmente che devono essere esaurite dalla camera di consiglio prima di essere portate al contenzioso.

Sono della prima specie le materie di volontaria giurisdizione propriamente dette. Quindi la massima indicata — *voluntaria jurisdictio transit in contentiosum interventu justi adversarii.* Se trattasi di un contratto al quale occorra la sanzione dell'autorità giudiziaria, è manifesto che rompendosi da una delle parti l'accordo, o sorgendo un terzo a scompigliarlo colle sue pretese, cessa immediatamente la pacifica giurisdizione della camera di consiglio per dar luogo al giudizio.

Altre specie vi ha alle quali non si permette il passaggio, essendo destinate a rimanere nella cerchia di questa giurisdizione speciale. Credo di averle superiormente indicate alle lettere *b*, c, e in alcune delle altre rubriche. Mi fermo soltanto per esempio alla ricusazione dei giudici, processo però *sui generis* che ha delle forme particolari (articolo 120 e seguenti). Esso comincia e finisce in camera di consiglio anche nello esperimento dell'appello (articolo 130). Ciò esigono ragioni di convenienza sommamente apprezzabili (1).

Havvi finalmente un altro ordine di fatti sui quali l'autorità giudiziaria discute in camera di consiglio, e non possono essere recati al contenzioso prima ch'essa abbia pronunziato. Accenno a quelli degli articoli 200, 216, 301 del Codice civile; articolo 316 della procedura. Taccio degli altri. Senza dubbio da simili pronunciati della camera di consiglio non emerge la cosa giudicata, come in più luoghi ha dimostrato il Saredo, e io pure venni ripetendo; ma poichè un ufficio è commesso all'autorità giudiziaria per compiere gli atti che sarebbero imperfetti altrimenti, uopo è che questo medesimo ufficio si compia.

Veggo però che la proposizione vuol essere chiarita, onde aggiungo, con modi d'esempio, qualche altra parola. Se l'affare è convenzionale ma ha mestieri dell'approvazione autorevole prima di essere perfezionato, come nelle alienazioni dei minori, la giurisdizione contenziosa, all'effetto di annullare nel sostanziale suo contenuto il contratto, non potrebbe eccitarsi prima che l'autorità giudiziaria abbia omologato il contratto. Lo stesso dicasi, in altro caso, dell'adozione. Il contratto non avrebbe mai avuto, neppure un momento, esistenza giuridica, e si declina per difetto di forma. Il decreto autorante termina il cômpito della camera di consiglio, e apre il varco ai dibattimenti contenziosi non solo rispetto ai terzi, ma alle parti nominate in quella deliberazione.

Il processo giudiziario si spiega in tutto il suo apparato: si assume dal suo principio, cioè dalla citazione introduttiva, essendo troppo evidente che sino a quel punto non vi fu giudizio, e la pronunzia del magistrato costituita in quella forma non ha potuto esaurire il primo grado della giurisdizione contenziosa. Ciò è dimostrato lucidamente nell'opera citata al § 9 del capo VI.

Articolo 779.

Per le materie da trattare in camera di consiglio si presenta ricorso nella cancelleria dell'autorità giudiziaria competente, coi documenti relativi.

Il cancelliere presenta, non più tardi del giorno successivo, il ricorso coi documenti al presidente che ne ordina la comunicazione al ministero pubblico, se questo debba essere sentito, e delega un giudice per riferire in camera di consiglio, nel giorno stabilito nel decreto.

Annotazioni.

Quando è che il ministero pubblico dev'essere sentito? V. gli articoli 793 della procedura, e 21 del Codice civile; 798 della procedura, 75 e 98 del Codice civile; 801, 836, 845 della procedura.

Da quella indicazione *autorità giudiziaria competente* si rileva abbastanza di quale specie di competenza s'intende parlare. È la *competenza territoriale* in genere; e in particolare quella stabilita nella varietà dei casi ne' quali

(1) Per altri casi consimili, vedi gli art. 145, 233, 75, 98, 221, 401, 402, 403, 404, ecc. del Codice civile.

si viene invocando la decisione della camera di consiglio.

In alcuni casi il ricorso è diretto ad ottenere una deliberazione contraria all'interesse di un'altra persona; laonde il procedimento, comunque si mantenga in questa semplicità primitiva, assume un certo piglio di opposizione. Tale sarebbe quello in cui si discute dell'autorizzazione della donna maritata (articolo 799 e seguenti. In simili casi è bene indicato che l'autorità giudiziaria competente sia quella nel cui territorio ha residenza o domicilio la persona contro cui si ricorre.

Del resto l'articolo 799 si contenta di questo cenno, non essendovi, si può dir, caso nel Codice civile o nella procedura che in ordine a codeste operazioni e a quelle che si chiamano *procedimenti speciali* non sia bene indicata, e non si ravvisi facilmente l'autorità giudiziaria alla quale si deve ricorrere. Quindi bisogna guardarsi dalle teoriche *a priori*, chè non potrebbero comprender tutte le specie, nè fornire regole comuni della competenza.

Il Saredo ha avuta quest'abilità di limitare le sue osservazioni generali, aggiungendo opportuni e saggi riflessi sugli effetti della elezione di domicilio che può benissimo essere attributivo di competenza in qualche rara evenienza, ma generalmente non è operativo in queste singolari procedure studiosamente organate in uno scopo assai bene inteso d'ordine pubblico.

Articolo 780.

Nel termine di ore ventiquattro dalla data del decreto, o in quel termine minore che sia stabilito, il cancelliere deve trasmettere gli atti al giudice delegato.

Quando debba esser sentito il ministero pubblico, gli atti sono prima comunicati a lui nel detto termine per le sue conclusioni; queste si devono scrivere in fine del decreto. La trasmissione degli atti al giudice delegato ha luogo subito dopo la restituzione fattane dal ministero pubblico alla cancelleria.

Articolo 781.

Sulla relazione del giudice delegato, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti di ragione.

Contro questi provvedimenti si può proporre reclamo all'autorità giudiziaria superiore, osservate le forme indicate nei due articoli precedenti, salvo le disposizioni speciali della legge.

Annotazioni.

Per regola, dalle deliberazioni delle camere di consiglio si accorda il reclamo.

Termine non è prefisso; e ciò è della natura di siffatti giudizi non contraddittorii, non essendoci, generalmente parlando, un avversario che per virtù di tempo acquisti il diritto della irrevocabilità del giudicato (Vedi però l'articolo 845). Se l'affare si trovasse pregiudicato, l'autorità superiore non sarà più in condizione di poterlo risolvere; nondimeno, se riparo ci fosse, se un migliore indirizzo potesse prendersi, data la qualità dei fatti e delle circostanze, il magistrato che non decide diritti e non ha per iscopo il *giusto* ma il *bene*, eserciterà tuttavia il suo potere provvidenziale.

È importante avvertire che, quantunque l'articolo 781 sembri presentare una regola generale, vi hanno però dei casi in cui *il reclamo non si concede*, avvisandone quella clausola, *salvo le disposizioni speciali della legge.* Uno dei casi eccettuati è quello dell'art. 787. All'incontro la regola dell'art. 781, e quella ancora del seguente art. 782, può ricevere una estensione.

Contro i provvedimenti delle camere di consiglio si accorda reclamo all'*autorità superiore;* prudente e saggia disposizione che si deve sempre seguire, ove l'ordinamento speciale a date materie non resista, come nel caso indicato. Anche i giudici singolari hanno la loro *camera di consiglio*, il loro gabinetto ove deliberano dello materie stragiudiziali, o giudiziali non contenziose; e non è la sala d'udienza. Hanno insomma quelle che possono dirsi *deliberazioni interne.* Ebbene: da tali deliberazioni del conciliatore o del pretore è assicurato il reclamo al pretore o al presidente del tribunale rispettivamente, almeno per regola generale, di cui non nuovo ma ulteriore esempio è nell'articolo 782.

Se non vi ha propriamente deliberazione

della camera di consiglio, è chiaro, non ci sarebbe materia al reclamo (articolo 811). Altro esempio è nell'articolo 401, pel quale il tribunale di commercio non fa che interrogare in camera di consiglio, ove occorra, l'uno o l'altro dei contendenti.

Articolo 782.

Quando nelle materie di giurisdizione volontaria sia competente il pretore, il ricorso è presentato a lui coi documenti relativi.

Contro il decreto del pretore può proporsi reclamo al presidente del tribunale civile.

Annotazioni.

1. Qui la legge cangia, certo non senza ragione, il vocabolo di *reclamo* in quello di *ricorso*. Anche nell'art. 778 si chiama *ricorso* la istanza che si fa alla camera di consiglio onde deliberi sulla vertenza. Ogni *ricorso* eccita la interposizione del magistrato o per regolare l'ordinamento dei giudizi e l'esercizio di certe azioni (articoli 50, 51, 789, 925, ecc.), o per esonerarsi da obblighi che si credono indebiti (articolo 62), ed anche perchè sia diversamente provveduto rapporto a certi affari di privato interesse, e compresi nella giurisdizione volontaria. Il ricorso di quest'ultima maniera (di cui si parla nell'articolo 782) ha qualcosa che partecipa del *reclamo*, ma tale non è, perchè il reclamo è sempre un *ricorso di secondo grado*, e suppone un gravame inferito da una decisione di magistrato.

Ove il pretore è competente *per volontaria giurisdizione*, giusta il nostro articolo, egli suole intervenire *col consiglio di famiglia*, e con esso deliberare. Ricordo gli articoli 249, 250, 251, 253 e seg. del Codice civile, 812 della procedura. Se ne eccettua il caso della emancipazione (articolo 311 del Codice civile), del quale si parlerà fra poco.

Quando è che si propone *ricorso* al pretore, quando è che si propone *reclamo* dalla risoluzione del pretore? Se il pretore ha speso in un modo qualunque la sua autorità, assumendo la cognizione dell'affare e deliberando, è egli forse, come si direbbe, pregiudicato, onde non possa ulteriormente interloquire nell'affare medesimo, in guisa che debba sempre farsi luogo al reclamo?

L'esempio più solenne può esser quello del consiglio di famiglia nel quale ha avuto parte.

Il pretore siede in mezzo al consiglio di famiglia come magistrato, ne esercita le funzioni, investito di una delicata e importante missione sociale: quella di tutelare il patrimonio dei minori e degli incapaci. Tuttavia la deliberazione del consiglio di famiglia non è opera sua, non è la sua decisione; egli, a rigore di termine, n'è il presidente, con facoltà di voto.

La deliberazione del consiglio di famiglia è un atto complesso; una vera decisione domestica, ove l'elemento autorevole ha una parte sostanziale: il quale elemento autorevole è piuttosto guarentigia morale della bontà e saviezza dell'atto, di quello che condizione della sua legittima efficacia; onde, generalmente parlando, conviene invocare dal tribunale la omologazione (articolo 814 del Codice di procedura). Sembra adunque che la giurisdizione del pretore rimanga esaurita col suo intervento e concorso nella deliberazione del consiglio di famiglia; e da quel punto in poi cessi ogni materia di *ricorso* al pretore medesimo. Non sembra neppure potersi far luogo a *reclamo*, giacchè contro la deliberazione del consiglio di famiglia, presieduto dal pretore, non s'interpone propriamente un reclamo nel senso del presente articolo 782, ma altri rimedi porge la legge, come vedremo a suo luogo (articolo 814 e 815).

È vero: il pretore, come parte dello stesso consiglio, manca di autorità per approvarlo o censurarlo efficacemente; perciò se ne fa istanza al tribunale superiore. Ma l'art. 782 ha l'ampiezza che è necessaria per comprendere tutte le eventualità minute, indefinibili, più o meno pressanti, che occorrono durante l'esercizio della volontaria giurisdizione, e per le quali veramente si *ricorre* allo stesso pretore.

Si ricorre al pretore *per la convocazione del consiglio*. Il pretore crede che non si faccia luogo, o per incompetenza, o per difetto della materia da trattarsi nel consiglio di famiglia, e nega la convocazione. Si fa luogo al *reclamo*. Entrano o pretendono di entrare nel consiglio persone che si reputano incompetenti, escluse dalla legge; si ricorre al pretore perchè decida. La sua determinazione è soggetta a reclamo. Anche dopo la definitiva deliberazione del consiglio di famiglia, se sorgono difficoltà

d'esecuzione, o maniere diverse d'intenderla, il pretore risolve: e di nuovo si apre la via al reclamo. Vi è dunque un senso assai largo e indefinito nell'articolo 782.

Qualche altra osservazione debbo rinviare ai citati articoli 814, 815 e 845.

Ho notato il caso dell'articolo 311 del Codice civile. Ivi il pretore o fa parte del consiglio di famiglia, se esso è autore della emancipazione; o autorizza l'atto, se proposta e offerta dal padre. La istanza dell'emancipazione ha pur essa carattere di *ricorso* quando siavi qualche punto da risolvere relativamente all'oggetto; differenze che si presentino per la formazione dell'atto, o per la sua esecuzione, provocano dei *ricorsi* onde nasce in conseguenza una risoluzione che può ammettere *reclamo*.

La disposizione di quest'articolo è dunque pienamente giustificata.

TITOLO II.

DELL'AZIONE CIVILE CONTRO LE AUTORITÀ GIUDIZIARIE E GLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO.

Articolo 783.

Le autorità giudiziarie e gli uffiziali del ministero pubblico sono civilmente risponsabili:

1° Quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode, o concussione;

2° Quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti, o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato d'essere decisi;

3° Negli altri casi dichiarati dalla legge.

Annotazioni.

1. *Considerazioni generali sulla essenza e sui caratteri di questa istituzione.*

a) L'oggetto di questa istituzione non è la revoca o l'annullamento di una sentenza, ma una riparazione, un'emenda contro la persona stessa del giudice o dell'uffiziale del pubblico ministero, che con fatti indegni della nobile ed alta sua missione ha recato alle parti un danno irreparabile.

A cominciare dal francese, i precedenti codici di procedura che accettarono nelle loro pagine questo istituto, lo collocarono *fra i mezzi d'impugnazione delle sentenze*, e non essendo graduabile fra essi, stimarono di portarne il titolo *dopo il ricorso in cassazione*, così mostrando di non averne un chiaro concetto in mente. Il nostro legislatore ha veduto anche questo, onde ha creduto meglio di porlo fra le estravaganti, ossia fra quelle disposizioni dette *speciali* che non potendosi collegare con una certa armonia al sistema, vengono isolate a presentarsi in questo ultimo libro.

Ciò che a prima vista fa una qualche sorpresa, è il vedersi fatto soggetto di un giudizio civile materia nefanda che il Codice penale ha reclamata e colpita di gravi punizioni, come può vedersi agli art. 217, 218, 235, ecc. Tanto più che l'azione penale che partiva da tali fatti è in dominio, o, se meglio vuol dirsi, fra i doveri del pubblico ministero, che non potrebbe permetterne la impunità. Ma cessa ogni sorpresa quando si comprenda esattamente la ragione di questo istituto della procedura, e perciò è necessario risalire alla stessa legge penale.

Nella Sezione III, Capo II, Titolo II del Li-

bro II del Codice penale (1) si contempla il reato *della corruzione dei pubblici ufficiali*, ed ivi è compresa penalmente la materia cui si accenna nel n. 1 del nostro articolo 783. Indi nel § 3 del seguente articolo 235 è scritta la pena che si applica *a qualunque giudice e a qualunque autorità amministrativa che ricusi di esercitare un atto del suo ministero, o di fare giustizia alle persone che l'avranno richiesta*, ecc.

Ciò per quanto riguarda la penalità. All'azione penale corrisponde sempre un'altra azione, privata, sostanzialmente indipendente (2), l'azione del danno patrimoniale (articolo 1° del Codice di procedura penale). Ecco adunque degli ordinamenti che contengono tutte le esigenze di diritto; contengono l'indirizzo penale a carico del giudice prevaricatore e corrotto; contengono la norma generale di procedere dei danneggiati nell'esercizio dell'azione civile.

I francesi hanno dato a questa stesso azione civile un nome particolare, ed è la *prise à partie*. Propriamente parlando, la *prise à partie* è un'azione che si dà alla parte contro il giudice *reo di rifiuto di giustizia*. Il rifiuto di giustizia è per sè una prevaricazione; è il violare la missione di giudice e un falsare il nobile e santo suo scopo. In tempo antichissimo, ma più ancora nel medio evo, la *ingiustizia* si parificava al *rifiuto di giustizia*, quasi la negazione di essa. Beaumanoir ci conservò le costumanze dell'epoca nella quale i giudici dovevano scendere colle armi in campo a sostenere le proprie decisioni. La civiltà insegnò che si dovevano attaccare le sentenze dei giudici, e non le persone dei giudici; l'errore li ricoperse del capace suo manto, e il sottrasse da ogni responsabilità personale, perchè chi erra non delinque. Nondimeno il *rifiuto di giustizia* si considera ancora come un reato, concorrendo caratteri di coscienziosa perversità che i codici descrivono, e ne formano la sostanza. Intanto che ha fatto di più il Codice di procedura?

Il Codice di procedura non si occupa dell'azione penale che non gli appartiene, ma soltanto dell'*azione civile*, di quella cioè che spetta al danneggiato, secondo le norme generali della procedura penale. Ma qual bisogno vi era di occuparsene specialmente? Vediamolo.

Si è voluto:

1° Far emergere più chiara e confermare di una nuova sanzione la regola dell'emendo del danno contro chi vi ha dato causa con un suo fatto colpevole; e si è ancor meglio spiegato ed applicato il contenuto degli art. 229 e 235 del Codice penale.

2° Presentare in distinti caratteri le condizioni del *rifiuto* di amministrare giustizia, che noi dividiamo dal dolo e dalla frode generale; o si direbbe una specialità dello stesso dolo generale del giudice (3).

3° Indicare le *modalità del procedimento* relativamente alle persone indicate e contemplate in questa sezione: oggetto proprio, oggetto immediato della procedura.

Pertanto l'*azione civile*, materia di questo titolo, non è cosa nuova nel fondo, non è una instituzione creata dalla procedura civile; *ma è la stessa azione civile attribuita a chiunque è danneggiato da un reato* indipendentemente dalla penalità; *enunciata generalmente dalla procedura penale, ma regolata, disciplinata e condotta in un modo particolare*, quando si tratta *di autorità giudiziarie e di ufficiali del pubblico ministero*.

Ne segue che quantunque ogni altro funzionario, ogni altro agente giudiziario e amministrativo sia colpito di pena per le sue prevaricazioni, e debba anche rispondere personalmente del danno recato in forza dell'azione civile (4), *il modo di esercitare l'azione civile* contro di essi è quello generalmente statuito, e non è governato da un rito speciale.

Così dichiarato l'oggetto dell'istituto in ordine al sistema della procedura, non è fuor di luogo, anzi conferisce alla pienezza di una nozione che non si troverà, io credo, in altri libri, il vedere ancora quali possano essere le condizioni giuridiche e teoriche dell'esercizio di quell'azione, rispetto ai *giudici*, nella loro individualità; appresso verrà anche il parlarne per quanto riguardo gli enti collettivi (vedi l'articolo 785).

2. *Dell'esercizio dell'azione civile contro i giudici individualmente, nell'aspetto teorico.*

La prima questione che si deve risolvere ella è, se prima di esercitare questa odiosissima azione, sia d'uopo che il giudizio sia stato completamente esaurito con tutti i rimedi d'impugnazione che offre la provvidenza della legge.

La proposta questione ne suscita un'altra,

(1) In [illegible] vigente ancora il Codice penale del 1859 nella maggior parte d'Italia.

(2) [illegible], *Trattato dell'azione penale*, § XXIX, [illegible] 12) e [illegible]

(3) [illegible] e troppo grande la differenza fra codesti due modi di operare del giudice, come osserverò più avanti.

(4) La cui significazione tecnica è l'antitesi dell'*azione penale*, esprimendone la differenza (Borsari, *Trattato dell'azione penale*, § XCV).

che ha il diritto alla priorità; se sia realmente necessaria la esistenza di un giudicato per intentare contro il magistrato l'*azione civile*. E rispondo *non essere necessaria*.

Può immaginarsi (e Dio ci guardi che mai questo caso avvenga) che il *dolo*, la *frode* o la *concussione del giudice* si attraversi talmente all'esercizio legittimo di un diritto, che assolutamente lo impedisca e tolga la speranza di far valere l'azione corrispondente. Un giudice ribaldo ha fatto opera, di conserva colla parte interessata, per far sparire o distruggere un documento esibito in causa: il documento fondamentale, unico, e senza compenso di altre prove. Il giudizio diventa impossibile.

Perciò la legge non parla mai di un giudicato che siasi pronunziato per effetto di dolo, frode e concussione; ma solamente di fatti apparsi e commessi *nell'esercizio delle funzioni*, infetti di simile turpezza.

Io pongo qui una capitale avvertenza. Si tratta di un giudizio civile, riteniamolo: non di un giudizio penale. *Non si tratta di perseguitare il reato, ma di ottenere il risarcimento di un danno* (1). La prova adunque del danno, come oggetto dell'azione, deve stabilirsi ed aversi come essenziale: non basta la verificazione del fatto criminoso.

Un giudice al cui tribunale io sono per portare una importantissima lite, si è lasciato corrompere, ha ricevuto danaro dal mio avversario, e mi attende al varco. Ma io sono avvisato, e lo prevengo intentandogli contro l'*azione civile*. È ammissibile quest'azione? No: il reato esiste, ma io non ho ricevuto danno dal fatto suo o perchè la lite indipendentemente da ciò è stata composta con una transazione, o perchè, fortunatamente, quel giudice non fece parte della sezione giudicante, o fu trasferito altrove. La parola *giudice* ha in questo istituto un senso d'attualità; e s'intende il *giudice della mia causa*.

Il giudice della causa è stato corrotto; ma nell'otto pratico gli mancò l'animo per eseguire la meditata ingiustizia; o tenuto in freno da' suoi colleghi, diede bensì un voto ingiusto, ma non valse perchè fu vinto dalla maggioranza. La corruzione non ha prodotto i suoi effetti: nel caso ultimamente accennato potrebbe qualificarsi come un conato abortito; nel primo può anche credersi al pentimento; in nessun dei due casi l'elemento estrinseco si verifica.

La legge non fa che stabilire il principio della *responsabilità*: la legge determina giustamente che il giudice non è sempre estraneo alle conseguenze dei propri falli e la toga non basta sempre a ricoprirli. Quindi ha rilevate cause affatto personali: cause che non possono addebitarsi a leggerezza, a ignoranza, o a mancanza di criterio, tuttavia lo scopo non è la punizione, ma la *responsabilità*: la riparazione del danno effettivo, immediatamente derivato dalla sua mala opera; e questo danno deve risultare come oggetto dell'azione, come il solo interesse di chi la promuove.

E il danno può risultare, non decisa ancora la lite, o perchè la collusione del giudice mi abbia fatto perdere dei materiali preziosi che io non potrò facilmente ricuperare, o perchè la sua costante ed ostinata persistenza nel rispondere alle mie legittime istanze abbia fatto scorrere un tempo necessario ad altre operazioni, o perdere un'occasione favorevole, che non può più presentarsi.

Non è dunque necessaria la emanazione di un giudicato.

Ma poichè la legge non si occupa del prima e del poi, lascia facoltà di intentare l'*azione civile* anche dopo il giudicato.

Anzi dalle poche cose dette dagli scrittori della materia, e dagli scarsi monumenti della giurisprudenza, è luogo a rilevare, che la decisione stessa sia o possa essere principalmente il subbietto di *une prise à partie*. Carré ha detto: « En effet pour réussir dans cette « action, *il faut prouver l'injustice qui vicie la « décision*, et fonde la demande en indemnité ». Questa dottrina aggiunge che, nonostante il felice esito nell'azione, il giudicato rimane invulnerato; e solo si ha diritto a riparazione contro il giudice. L'azione insomma è personale contro il giudice.

Ma ognuno vede la grave differenza che passa fra codeste posizioni giuridiche ed il fatto doloso del giudice che: *a*) abbia impedito l'esercizio legittimo di un diritto; *b*) privata la parte di un documento che non può ricuperarsi che a grave spesa; *c*) fatto perdere una occasione utile, anche indipendentemente da una lite (2); o finalmente *e*) abbia contribuito a produrre, o abbia prodotta una sentenza dannevole od ingiusta.

(1) Boilard, num. 757: « La prise à partie est « une voie ouverte contre un juge pour *obtenir « réparation du préjudice que lui cause la faute de « ce juge* ».

(2) Per esempio, io ebbi una bella e pronta occasione di un contratto, che perciò ricercava l'autorizzazione di un giudice, che costantemente la negò, non rispondendo mai alle replicate mie istanze.

Sotto quest'ultimo aspetto la complicazione diventa maggiore. E primieramente è da solversi il quesito sopra posto, se *sia necessario esaurire i mezzi ordinari d'impugnazione*, prima di venire a questo, che a buon diritto deve dirsi *straordinario*, cioè fuori ed esorbitante dalle leggi comuni della procedura civile.

Se questa marcia, mi permetto la parola, si vuol comprovare colla legge del rito, sarà indarno; la legge tace di ossa, come di molte altre cose. Ma subentra la ragione; una ragione composta di elementi d'analogia tratti dal sistema del Codice, e dalla sua propria sostanza, come ragione.

Torniamo anche una volta all'obbiettivo del danno, quale criterio dirigente. Colui che spiega l'*azione civile* contro il giudice, deve porre ben netto questo discorso. Stava per me il diritto, la mia causa era sicura, se *il dolo, la frode e la concussione del giudice* non mi avessero fatto ostacolo, non mi avessero fatto perder la lite.

Ma forse nel pericolo, e rimpetto a codeste brutte apparizioni, la parte deve piegarsi come in ritirata, abbandonare il campo della lite, e buttarsi a dirittura addosso al giudice, per obbligarlo con infamia sua al risarcimento del danno?

Contro simile conclusione si opporrà un primo argomento. Se *la sentenza fu l'effetto del dolo*, il rimedio che offre la legge è la rivocazione (articolo 494, num. 1). Ma non è difficile rispondere che ivi si parla del *dolo della parte*, e non di quello del giudice. Paro anzi si supponga inconscio, non che innocente, il giudice, giacchè a lui stesso è novellamente affidato il giudizio.

Milita piuttosto una ragione generale. Come mai la parte che si lamenta del dolo del giudice potrà sostenere di avere per lui perdota la lite, se non ha fatto uso di tutti i suoi mezzi legali per sostenerla?

Diro di più: lo sviluppo di questi mezzi legali potrebbe mettere in chiaro, che il qualunque dolo del giudice non ha veramente influito a creare una decisione contraria al giusto e al vero perchè la parte a cui fu tramata l'insidia aveva il torto; il giudice gli diede torto volentieri perchè era venduto, ma gli avrebbe anche dato torto secondo coscienza. Ma, facciamo l'ipotesi opposta, la causa procede, percorre tutti i gradi, e si vince. Il dolo del giudice ha influito, o non ha influito sulla decisione contraria: ma in fine chi aveva ragione l'ottenne, e non subì veruna dannosa conseguenza. Potrà ancora esperirsi l'*azione civile?*

Non nell'uno o non nell'altro caso, io penso. Nel primo la responsabilità del giudizio (supponendo un tribunale collegiale) si confonde nel secreto della votazione; s'ignora se il giudice corrotto abbia operato dolosamente nell'atto stesso del voto, o convinto dalla ragione, o pentito, non abbia tenuto fede al suo corruttore; s'ignora quale opinione abbia esternata, se non abbia prevalso l'opinione dei giudici incorrotti, sebbene per avventura erronea. Nel secondo caso, il reato inutile, impotente, non ha fortunatamente guasta la giustizia: lo ripeto, il reato c'è; l'intenzione e il fatto criminoso ci fu: mancò l'effetto, il requisito del danno non esistè; l'*azione civile* non è esperibile.

Giusta è la massima del Carré: *Il faut prouver l'injustice de la décision.* Ma non è la sola prova che deve farsi, l'ho già detto: deve provarsi che l'ingiustizia è l'opera certa del giudice corrotto e non de' suoi collegbi innocenti, e non degli altri tribunali successivamente invocati. In un risultato così complesso, in tanto concorso d'opinioni, fare emergere quella individuale del giudice corrotto, per costituirnelo il solo responsabile, quale difficoltà!

3. *Degli eredi del giudice.*

Se il giudice muore mentre si agita il giudizio, o fosse già morto quando s'intenta l'*aziono civile*, senza dubbio si continua o s'intenta contro gli eredi. Questo canone, scritto nell'articolo 3 della procedura penale, è perfettamente applicabile, checchè dovesse ritenersi secondo i principii del diritto romano (Carré e Chanveau, quest. 1803; Thomine, tom. 1, pag. 758; Dalloz, ecc.).

4. *Della estensione di cui è suscettibile la parola usata dalla legge* — autorità giudiziaria.

Con sì generale appellativo si è voluto comprendere in questo processo i tribunali o le corti quali enti collettivi, come si viene poi dichiarando nell'art. 785. Ma i giudici nell'esercizio di funzioni stragiudiziali o famigliari, il pretore, per esempio, quale preside del consiglio di famiglia, vi sono forse ugualmente compresi? La risposta affermativa non si lascia aspettare. Sì: anche quei giudici, e forse più che ultri, attesa quella specie d'indipendenza di cui godono, sono civilmente responsabili delle loro prevaricazioni e dei loro fatti dolosamente ingiusti. Compresi pertanto nella responsabilità, sono eziandio compresi nel sistema del rito.

Invece gli *arbitri volontari* non soggiacciono alla responsabilità propria dei giudici, *depositari abituali del potere giudiziario*, mentro « n'ont d'autre caractère et d'autre pou-

« voir que ceux qui ont leur donné les parties » (Poncet, *Des jugements*, n. 583). Non è scritta per essi la disciplina che veniamo descrivendo; essi rispondono dei loro fatti delittuosi secondo i principii generali della penalità.

5. *Degli ufficiali del pubblico ministero.*

Nella procedura francese (tit. III, Lib. IV) la *prise à partie* non concerne letteralmente che i giudici. Tutti gli scrittori però, a cominciare da Merlin, ci dicono che anche gli ufficiali del pubblico ministero sono tenuti alla stessa responsabilità, per lo espresso impero dell'articolo 505 del Codice di procedura penale; che anzi non si richiede tampoco l'autorizzazione del governo per agire contro di essi; quantunque specialmente dipendenti dal potere esecutivo. Ciò è molto antico, trovandosi una decisione dell'11 novembre 1556, che condannò ad un'ammenda onorevole il procuratore generale del parlamento (corte) di Grenoble per avere intentata un'accusa calunniosa! (Merlin, v° *Prise à partie*, § 111). Mi entra un dubbio se gli scrittori francesi intendano parlare della responsabilità generale degli ufficiali del pubblico ministero pei loro fatti dolosi e calunniosi (al che certamente risponde la legge penale); ovvero di quella annessa alla *prise à partie*. Ciò poco monta: noi abbiamo la legge espressa.

Per quanto riguarda il sistema, le funzioni del pubblico ministero possono osservarsi sotto due aspetti: 1° in quanto sono sostanziali e sue proprie, indipendenti, divise dall'ordine giudicante; 2° in quanto i funzionari del pubblico ministero collaborano e coadiuvano i giudizi coi loro voti o conclusioni. In questo secondo aspetto la responsabilità degli ufficiali del pubblico ministero difficilmente si manifesta; i loro voti non sono che consultivi; sono o non seguiti dai giudici; non si potrebbe ad essi attribuire tale un'influenza sui giudicati, da renderli responsabili della decisione e delle loro conseguenze. Ma d'altra parte la loro missione sommamente delicata, la loro iniziativa così energica e così feconda di moti e di risultati, il debito che hanno di amministrare la giustizia per tutti mentre sono dedicati ai più penosi doveri della repressione legale, li collocano a ragione nella linea dei ministeri giudicanti, cogli stessi obblighi e cogli stessi riguardi.

Ma una differenza degna di nota, e che in qualche modo caratterizza i due ordini giudiziari, è questa: che le *autorità giudiziarie* possono colpirsi nella loro collettività, mentre non si colpiscono che i singoli funzionari del pubblico ministero; solidali nel giudizio, le prime possono esserlo eziandio nella colpa: i secondi, quantunque dipendenti da un capo e dalle sue istruzioni, esercitano in effetto nelle varie attribuzioni un'azione singolare di cui personalmente rispondono. I loro fatti sono anche più spiccati e distinti di quelli del giudice; non confondendosi la quella catena di giudizi in cui facilmente si disperde il delitto dell'individuo, e male se ne ravvisano le conseguenze.

6. *Osservazioni specifiche.*

a) Le cause per le quali può esercitarsi l'azione civile non sono soltanto quelle specificate nel nostro articolo. Questo già parmi, si è volato significare nel n. 3. Per ogni prevaricazione nel loro ufficio, e *in relazione al giudizio trattato*, e per quanto abbia prodotto un danno effettivo, può aprirsi l'adito all'*azione privata della parte* (Poncet, *Des jugements*, n. 597; Thomine, tom. I, pag. 757; Carré, quest. 1804).

b) *Se la colpa lata sia mai da parificarsi al dolo; in altri termini, se la colpa lata sia contenuta nello spirito del num. 1 dell'articolo* 783.

Non avrei accennato questo dubbio se uno dei più benemeriti scrittori della procedura, interpretando un testo identico (articolo 505, n. 1, francese) non avesse soddisfatto al quesito con una risposta affermativa (Chanveau in Carré, quest. 1805); e con lui non sentissero Merlin, Dalloz, e poi anche Poncet, *Des jugements*, n. 598).

Quando un'opinione giuridica è sostenuta da tali autorità è sempre rispettabile. Intanto, siccome è possibile far della confusione in questa materia, distinguiamo le cose.

La responsabilità dei giudici e degli uffiziali del pubblico ministero può concepirsi di varie maniere, ed emanare da diverse cause; 1° in quanto è prevista nel n. 1 del nostro articolo; 2° da fatti negativi del proprio uffizio, giusta la nozione del numero seguente; 3° da disposizioni positive di legge, che in determinati casi obblighino il magistrato all'emenda del danno; 4° dal principio generale che chiunque ha causato un danno, deve risarcirlo. Io ammetto sempre che in tutti codesti casi si tratti di *azione civile*, avvegnachè non potesse aver luogo l'azione penale, dalla cui antitesi l'azione civile sembra desumere il proprio significato (1).

Non volendosi dunque confonder la prima

(1) Vedi sopra al numero *terzo* di questa Annotazione e le Osservazioni dell'articolo 786.

colle seguenti cause della responsabilità del magistrato, non può a verun patto ammettersi che in quelle voci *dolo*, *frode* e *concussione* (1), vengano le colpe dell'intelletto, siano pur quelle della più favolosa ignoranza, quella che chiama il Chauveau *complète ignorance des premières notions de droit*. Se fosse concepibile tanto ebetismo sotto la toga del magistrato, sarebbe una ragione di più per iscusare quest'uomo da errori che non ebbe coscienza di commettere. No, per l'onore della nostra magistratura, no, per l'onore dei ministri che eleggono i magistrati, non può un tale supposto avere neppure il valore di una ipotesi. Rigettiamo poi anche teoricamente la possibilità di una distinzione che ci costringerebbe a rovistare nella massa degli errori che pur troppo l'uomo più coscienzioso commette nella fallibilità sua, quelli che fossero, a dir così, più eminenti; e chi mai potrebbe fare questo calcolo, o chi lo saprebbe fare!

E per dire una parola della terza categoria della responsabilità, lasciando della seconda e della quarta di cui or ora si farà breve discorso, è manifesto che la terza, se dipende da leggi positive, non può ricevere la menoma estensione; e niuno ve ne sarebbe che volesse tenere responsabile il magistrato delle sue opinioni, anche le meno plausibili, ma solo in quanto avesse violate espressamente prescrizioni di legge. Dirò su questo proposito, che quegli esempi che sogliono citarsi, tratti dagli articoli 2063 del Cod. civ. francese, e dal 928 di quella procedura, non hanno più riscontro nella nostra legislazione; e sono lieto di vedere che la dignità del giudice sia stata così rialzata da quell'umiliante diffidenza, che, anche una volta, voglio chiamare francese.

7. Veniamo al n. 2 del nostro articolo, al *rifiuto di giustizia*.

È d'uopo ravvicinare questa nozione a quella dell'art. 235 del Codice penale (2), nel quale è per così dire più sviluppata, e che d'altronde hanno una corrispondenza necessaria. Si tratta infatti di negare il proprio ufficio di magistrato, che da niun ostacolo dev'essere impedito o sconvenientemente ritardato, neppure *a pretesto di silenzio*, *oscurità*, *insufficienza* o *contraddizione di leggi*. *Dolus est in re ipsa*, può dirsi in questo caso; esso discende dal fatto stesso; peraltro una certa difficoltà di applicazione va a ravvisarsi rispetto alla seconda ipotesi, *o tralascino di giudicare* o *conchiudere sopra affari che si trovino in istato di decisione*. Qui vi ha dell'indefinito, ma la qualità delle circostanze e quella gran maestra delle cose che è la prudenza, fra il rigore della giustizia e la temperanza dei modi, ci daranno la via.

E così seguendo la larghezza del num. 3 di questo articolo, e riassumendo il precedente discorso, diremo, che altri casi possono immaginarsi pei quali s'imponga allo stesso magistrato una responsabilità personale: sperdendo, per esempio, carte interessanti, lasciando scorrere con aperta negligenza termini perentorii; o in generale per commissioni ed omissioni di fatti che producano un danno effettivo e certo, non altrimenti che ogni altro cittadino per la legge comune, non mai dipendentemente dalle loro idee e opinioni.

Articolo 784.

Affinchè possa aver luogo l'azione civile nel caso di cui nel numero 2 dell'articolo 783 è necessario che la parte abbia fatto due istanze all'autorità giudiziaria o all'uffiziale del ministero pubblico nella persona del rispettivo cancelliere o segretario, per mezzo d'usciere.

Dalla prima alla seconda istanza deve esservi l'intervallo di giorni cinque almeno, se trattisi di conciliatori o di pretori, e di giorni dieci se trattisi di altra autorità giudiziaria, o di uffiziali del ministero pubblico.

L'usciere non può rifiutarsi a queste notificazioni sotto pena di destituzione.

---

(1) *Concussione*, secondo la legge penale, è la riscossione che fa il pubblico ufficiale di somme non dovute (articoli 215 e 246); e non è vocabolo forse del tutto esatto, parlandosi di giudici e di uffiziali del pubblico ministero, che non riscuotono diritti, come i doganieri; o è troppo ristrettivo. Ma parmi evidente essersi voluto comprendere tutti i casi di corruzione e prevaricazione, che si vengono poi considerando nell'articolo 247 e seg. dello stesso Codice penale.

(2) Dico *nozione*, non *disposizione*, essendo le disposizioni tanto diverse, quanto è diversa l'indole delle due leggi.

Annotazioni.

1. Intorno al rito delle due istanze legali che devono procedere l'esercizio dell'*azione civile*, è avvenuto un cangiamento dopo l'ultima legislazione.

L'articolo 641 del Codice sardo del 1859 ordinava se ne facesse comunicazione alla persona dei *giudici* o *altri ufficiali* mediante usciere. La sconvenienza dell'atto è stata modificata dalla legge nuova. Ora invece devesi notificare *in persona del cancelliere*. Aggiungono i commentatori francesi, con legge uguale (articolo 500), potersi tale notificazione eseguire alla persona del cancelliere, anche fuori d'ufficio (Pigeau, tom. I, pag. 684; Carré, quest. 1840), e io divido il loro parere.

2. L'*intervallo* dall'una all'altra istanza è determinato. Ciò che non è stabilito, è l'intervallo che dalla seconda istanza deve interporsi all'esercizio effettivo dell'azione civile. Può presumersi lo stesso spazio di tempo.

Nondimeno la notificazione fatta alla persona intermedia del cancelliere potrebbe portare un reale ritardo che non lasciasse più intero al magistrato il tempo prefisso, il quale, quanto ai giudici inferiori segnatamente, è abbastanza breve. *Ma il magistrato è notificato nella persona del cancelliere o segretario* (1), e la notificazione si ha come fatta a lui stesso.

3. Questa legge deve intendersi per qualunque funzione si eserciti dal giudice, eziandio se il conciliatore segga nella sua qualità da cui prende il nome, o il pretore o il presidente fungano come magistrati famigliari, e in materia di volontaria giurisdizione. Ogni magistrato deve rispondere a legittime istanze. Legittime, perchè non ha debito di rispondere a fantastiche e strane; come del pari il magistrato è inattaccabile di *rifiutata giustizia* se risponde negativamente alla domanda, giusta la propria opinione e coscienza, anche rigettandola.

Articolo 785.

L'azione civile contro i conciliatori o i pretori, contro i tribunali civili o di commercio, contro alcuna delle loro sezioni o alcuno dei giudici, contro il procuratore del Re o alcuno dei suoi sostituti, è proposta davanti la corte di appello.

L'azione contro una corte di appello, contro alcuna delle sue sezioni, o alcuno dei consiglieri, contro una corte di assise, o alcuno dei giudici, contro il procuratore generale o alcuno dei suoi sostituti, è proposta davanti la corte di cassazione.

L'azione civile contro una delle sezioni della corte di cassazione, o contro alcuno dei consiglieri delle medesime, è proposta davanti un'altra delle sue sezioni; contro il procuratore generale, o alcuno dei suoi sostituti, è proposta davanti la sezione prima.

Annotazioni.

Il disordine, il sovvertimento della giustizia per le più ree e turpi cagioni, ascende, nella ipotesi della legge, dalle basse regioni sino alle più elevate, sino agli stessi propugnacoli della giustizia. Il sentimento d'umiliazione che ne proviamo, non ci tolga di esaminare la legge. Intendo che vi sono certi tempi fenomenali e difficili nei quali non so che avversione di idee e di persone può anche impadronirsi degli interi corpi giudicanti, e farli deviare dai loro doveri con una passione di partito che, nella serena atmosfera della giustizia, può ben rivestire il carattere di dolo. Fuori di questo, non pare possibile, che diversi membri di un tribunale congiurino d'accordo alla rovina di un litigante.

Ho veduto regolamenti giudiziari, in epoche di ombrosa politica, statuire facoltà al governo di trasportare le cause da un tribunale ad un altro per sospetto di pericolose tendenze, ossia di opinioni in un dato affare non conformi allo spirito governativo. Del resto, tutte le reità più mirande devono trovar posto in quella bolgia senza fondo che è descritta dal Codice penale. Ma non vorrei vedere scritto nella procedura civile un gratuito oltraggio alla

(1) Che è il cancelliere del pubblico ministero.

magistratura o una delusione. Un gratuito oltraggio se si suppone possibile la prevaricazione di un intero corpo giudicante; una delusione, se per caso si volesse medicare con altri temperamenti uno stato di cose che vorrebbe il ferro e il fuoco e monumento di perpetua infamia per quei magistrati.

Lascio stare che la difficoltà di stabilire in via civile *il dolo, la frode, la concussione* di un intero corpo giudicante, sarebbe anche molto più ardua di quello che accennai rapporto ad uno dei suoi individui: per cui farei questo discorso. O *prima del giudizio penale* s'intenta l'azione civile, come mai potrebbesi statuire dei danni per indiretto, proclamando intanto la scandalosa iniquità della magistratura? O *dopo il giudizio penale*, perchè dovrebbero ancora deliberare i giudici civili se si sia o no da accordare l'esercizio dell'azione del danno dopochè il giudizio penale avesse pronunciata la sua decisione? (1).

Nell'altro aspetto della *denegata giustizia*, il presente regolamento meglio si addice al carattere della procedura, ai principii d'ordine e alla disciplina che devono regnare nelle operazioni del magistrato; è meglio collocato, o finirà, io spero, col restar solo. Quest'ordinamento è moderatore, mentre non permette il giudizio se non previo esame dell'autorità superiore e autorizzazione a procedere; senonchè in questo secondo caso la sua applicazione logica è molto chiarita, nel primo è per lo meno assai dubbia (2).

Articolo 786.

L'azione civile contro le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico deve essere autorizzata dalla corte cui spetta di giudicarne.

L'autorizzazione è chiesta con ricorso sottoscritto dalla parte o da procuratore legalmente esercente, munito di mandato speciale per quest'oggetto da unirsi al ricorso insieme ai documenti, sui quali la domanda è fondata.

Il ricorso indica i fatti e i mezzi di prova.

Quando nel ricorso siano usate espressioni ingiuriose, chi lo ha sottoscritto è punito con multa estendibile a lire trecento; il procuratore è inoltre punito con la sospensione per tempo non maggiore di sei mesi, salvo in tutti i casi l'azione penale.

Annotazioni.

1. *Della competenza.*

L'articolo 785 parla *del grado delle autorità competenti per la cognizione dell'azione civile*, e le determina. L'articolo 786 dichiara che l'*autorizzazione* spetta alla Corte della cognizione, e dalla competenza di grado passiamo alla competenza d'azione.

È questa un'azione puramente e schiettamente personale; personale, o ferisca il funzionario individualmente, o si diriga contro un corpo giudiziario.

Rispetto al primo, è dunque facile il dire che la corte d'appello del distretto nel quale il citando ha residenza, domicilio o dimora, è competente per tutto quanto riguarda tale giudizio.

Portiamo più oltre lo sguardo su combinazioni, facili a prevedersi, ma qualche singolare e non aspettato effetto possono produrre.

Si è detto in principio che l'*azione civile*, di cui favelliamo, non è cosa diversa da quella che fluisce dal reato per le conseguenze del danno da esso inferito: nella sostanza è quella dell'articolo 3° del Codice di procedura penale, benchè sottoposta a delle forme particolari e delle restrizioni. Il caso più ovvio è, che l'azione civile sia intentata non ancora promossa o non essendo punto promossa l'azione penale. Ho ricordato in qualche luogo superiore, che l'azione civile (che già supponiamo separatamente esercitata) rimane sospesa nel suo esercizio della causa penale (articolo 4 del Codice di procedura penale). Un'alta ragione di pubblico interesse ne impedisce la contemporanea trattazione, e la penale è prevalente. Così la funzione dei giudici civili rimane interdetta. Allora bisogna arrivare sino al fondo del giudizio penale, ed aspettarne il

(1) Vedi le annotazioni dell'articolo 786.

(2) L'azione civile contro il *procuratore generale* (intendi tanto d'appello che di cassazione), o *almeno dei suoi sostituti*, è proposta avanti la *sezione prima* della cassazione: cioè la sezione civile.

risultato, secondo il chiaro volere del suddetto articolo 4°. La competenza non varia però; mentre la sospensione non detrae all'abito e possesso della giurisdizione, essa dorme per un dato tempo: per altro, quando si ridesta, o si trova inabilitata per la forza degli avvenimenti sopravvenuti, o si trova già spianata la via da una decisione favorevole agli imputati, e spenta insieme l'azione civile.

Inoltriamoci di più nell'argomento.

Se il giudizio penale dichiara *non farsi luogo a procedimento* pei reati che possano sotto qualunque forma ritenersi contenuti nella generalità del num. 1° dell'art. 783 (1), o escludendo il fatto o escludendo per assoluto l'imputazione, l'azione civile intentata muore; non intentata, non può più esperirsi (articolo 6° del Codice di procedura penale). Non vi sarà dunque più bisogno d'implorare un'autorizzazione, perchè non vi sarà più azione possibile.

È chiaro che se il magistrato è trovato colpevole; se non riporta quell'assoluzione di cui l'articolo 6° ha dettata rigorosa la formola, l'azione civile si spiega, la corte competente delibera: accorda o nega l'autorizzazione (2). Ogni altro cittadino, voi lo vedete, è di tratto esposto ai colpi del danneggiato; e i magistrati considerati in questo titolo, per rispetto dell'ordine, per debito riguardo alla dignità delle loro funzioni, o per qualche ragione più elevata, *sono vantaggiati sopra gli altri funzionari*, che piuttosto male che bene risentono dal non essorvi compresi.

È anche possibile una terza combinazione. L'azione civile può esercitarsi *avanti lo stesso giudice e nel tempo stesso* (3) dell'esercizio dell'azione penale. Suppongo che l'azione penale sia stata intentata dal pubblico ministero; e il danneggiato spieghi la sua azione civile a termini del citato articolo 4°, e intervenga come parte civile.

Se il giudizio penale finisce in modo che l'azione del danno diventi esercibile, domando se *in questo caso siano applicabili gli art.* 571 *e* 577 *capoverso della procedura penale, se cioè lo stesso giudice penale proceda alla liquidazione del danno.*

Perchè dovrebbe deviarsi dall'applicazione di codeste leggi, dal testo così chiaro e preciso? Qui la difficoltà è grande nel sapere se *la procedura civile limiti la penale* o *viceversa;* se per avventura il nostro regolamento non si aggiri sempre sulla supposizione che l'azione civile contro i giudici, ecc., sia promossa separatamente dall'azione penale.

La difficoltà si moltiplica, e sviluppa questi tre quesiti: 1° Il giudice penale è investito di un diritto assoluto, indipendente, suo proprio, per aggiudicare i danni prodotti dal reato? 2° Il giudice penale può bensì aggiudicarli, ma deve aspettare che il giudice civile accordi l'*autorizzazione?* 3° Compito il giudizio penale, tutta la questione della responsabilità dei magistrati si devolve alla cognizione del giudice civile?

Se dovessi svolgere i motivi che appoggiano ciascuna proposizione, io dovrei fare un lungo tratto di cammino, mentre i miei passi sono misurati dalla ristrettezza di queste pagine che lottano coll'abbondanza delle idee. Mi si permetta adunque di venir di botto alla conclusione. Questo titolo è una guarentigia di cui i magistrati, senza un fatto loro, non possono essere privati. Io non amo questo privilegio, l'ho già detto, quando si tratta di reati obbrobriosi; non posso disconoscere nondimeno la prudenza che ha inspirato simili cautele, e ad ogni modo esse esistono. Il giudice penale viene in una condizione di cose che non è preveduta dalla procedura penale, la quale suppone il caso ordinario di condannati comuni. Io osservo inoltre che l'articolo 571 di quella procedura investe bensì il giudice penale della facoltà *di liquidare nella sentenza i danni domandati dalla parte civile se il processo offre gli elementi necessari per determinarne la quantità* « altrimenti si procederà « nelle forme prescritte per la liquidazione « dei danni dal Codice di procedura civile, « *dalla corte* o *dal tribunale*, o *avanti al pre-* « *tore che pronunziò la sentenza* ».

Qui pertanto si fermano due cose: 1° Che la competenza del giudice penale a liquidare i danni non è che relativa allo stato in cui si trovano gli atti del processo civile; 2° Che il giudice competente a tale liquidazione, qualora *non fossero pronti gli elementi necessari*, sarebbe quello stesso che pronunziò la sentenza penale, giudicante in sede civile.

Se l'autorità civile fu investita della causa prima del giudizio penale, è manifesto che

(1) Così dico, non restringendomi ai soli fatti di *corruzione*, ma estendendomi ad ogni altro, di prevaricazione, di abuso di autorità, ecc.

(2) Come possa non ostante negare ancora l'autorizzazione, vedi più avanti.

(3) Dice l'articolo 4 del Codice di procedura penale, benchè questo avverbio di tempo non sia della più scrupolosa esattezza.

l'azione civile risorge avanti di essa in tutte le condizioni che aveva innanzi, nel rispetto, intendiamoci bene, della competenza (1).

Se l'azione civile non fu intentata prima, se fu associata al giudizio penale, in tal caso io reputo che l'autorità civile, designata dal nostro articolo 785, sia sempre competente per accordare o negare l'*autorizzazione*.

E perchè questo? L'ho già detto: perchè quelle persone che avevano nella legge siffatta guarentigia *sine facto suo*, ma piuttosto *facto alieno* (2), non possono perderla. Ma si dirà: come possono i giudici civili negare quello che è una conseguenza del giudicato penale? Allora io inviterò a distinguere fra gli effetti della cosa giudicata e la facoltà dell'autorizzazione. Fingasi che la cosa giudicata penale non comprenda nominatamente il magistrato, ma per indiretto lo faccia conoscere colpevole; o che la ingerenza del magistrato nella lite risulti nulla o senza influenza; e infine il suo reato non versi sull'ufficio suo di magistrato in quella lite, ecco già della materia per negare l'autorizzazione dell'azione civile contro lui in *qualità di magistrato*, che può anche portare delle conseguenze enormi. L'onore della magistratura, la privata giustizia, l'indeclinabile precetto di questo regolamento, richieggono che anche dopo il giudicato penale se ne assuma l'esame dall'autorità competente.

Senonchè l'autorità civile è legata dal giudicato penale in questo senso, che se l'azione civile discende direttamente, sicuramente, dal suo disposto, è inevitabile il debito di accordare l'autorizzazione, come un diritto che la parte civile ha già acquistato. *Ma l'esame di tale posizione di cose* ad essa appartiene, ed è quello che importa e che si vuol dimostrare.

Dopo il giudicato penale, *forse tutto intero il giudizio dell'azione civile*, compreso l'accertamento e liquidazione dei danni, e non solamente la facoltà dell'autorizzazione, ritorna alla magistratura designata nel titolo presente?

Ciò è di soluzione anche più difficile, e, confesso, non senza ardimento per chi la prima volta affronta questo spinoso e vergine tema.

Ogni cosa però maturatamente esaminata, vengo nell'opinione che tutto intero il giudizio dell'azione civile si devolva a questa speciale magistratura come di sua esclusiva competenza.

Quando noi troviamo due placiti legislativi, i quali dispongono in guisa che la disposizione dell'uno esclude quella dell'altro, e posti insieme sul terreno pratico verrebbero ad infrangersi, si vuole osservare se siano parti dello stesso istituto legislativo; ovvero appartengano a diversi rami della legislazione, inspirati cioè da diversi principii, e tendenti a scopi diversi. Nel primo caso si avrebbe l'antinomia apparente o reale, la contraddizione: ipotesi che si verifica talvolta nella singolarità dei testi, ma che trattandosi di un sistema per così dire dentro un sistema, non sembra possibile. Ma, supposta la possibilità di sì grave inconveniente, la ragione e la critica faranno opera la più solerte onde si raggiunga l'armonia dei testi che non discordano per volontà del legislatore ma per mala redazione, onde mantengano quella relazione, e godano, userò questa frase, di quella consistenza d'azione che per istituto loro appartiene.

Ma supponendo separati e di varia natura gli istituti legislativi (3), noi possiamo aver sistemi diversi, non conflittanti, teoricamente armonici fra loro; sistemi che non convengono in un'azione contemporanea, perchè verrebbero ad urtarsi, ma bensì possono essere chiamati ad operare nella rispettiva loro sfera, in guisa che l'uno prevalga e imponga silenzio all'altro, arrivata quella condizione di cose in cui le varie finalità di quegli istituti tornino ad apparire distinte, cessati quei rapporti che li confusero un tratto in un intento superiore.

Subordinati al giudizio penale, l'azione civile (ordinaria) tace e si eclissa durante la sua comparsa sull'orizzonte giudiziario: giudicato il reato, l'azione civile viene a reclamare gli effetti che le son propri: con che la giustizia ottiene la sua piena soddisfazione, la retribuzione giuridica è perfetta, mentre alla riparazione del danno pubblico si aggiunge il risarcimento del danno privato.

La importanza, la entità dell'azione civile, la quantità del danno, è un cómpito, come abbiam visto, del giudice penale (articolo 571 del Codice di procedura penale, parte I), o riveste ancora questa qualità trattandosi di una appendice od accessorio dello stesso giudizio penale; o, sorgendo qualche difficoltà, facendosi luogo a qualche indagine più inoltrata di ordine civile, gli stessi giudici facciano pas-

(1) Cioè si delibera sull'azione civile e sui suoi effetti, ritenuta, per quanto si deve, la influenza del giudicato penale.

(2) Che a quello di aver deviata l'autorità, specialmente destinata all'azione civile contro i magistrati.

(3) Il civile e il penale.

saggio sul loro seggio civile per ammettere le parti a contraddittoria e più matura discussione secondo le forme della procedura civile.

Questi due casi sono previsti; rimane il terzo, che non è previsto nel Codice penale.

Il còmpito penale si trova già esaurito, quando l'articolo 571 comincia ad operare; in ciò siamo d'accordo: il giudice penale ritiene alcune appendici, ma piuttosto *commoditatis causa* che per la necessità di quel principio razionale che fa prevalere la causa penale in confronto della civile. Come sembri colorarsi una questione, o si abbia d'uopo di aggiornare un esame di fatti, immediatamente la giurisdizione penale si ritira, e lascia entrare la civile: tanto si è lontani dal credere che il ritenere il giudizio relativo all'azione civile sia razionalmente connesso al giudizio penale già consumato.

Venuti a questo punto, noi vediamo, per così dire, nel suo maestoso isolamento questo istituto nella procedura *civile;* qui solo troviamo organata quella giurisdizione *sui generis*, che ha le condizioni necessarie non solo per autorizzare, ma altresì per decidere della responsabilità personale effettiva dei giudici e degli ufficiali del pubblico ministero.

Così, finito il corso del giudizio penale, il civile viene a compiere il proprio, tenendo la via che gli è prefissa; ogni idea di contraddizione di sistema è svanita. Ossequio al giudicato penale quando l'azione civile contro il magistrato è proposta dopo la sua emanazione; indipendenza ove non osta la cosa giudicata. Ma libertà di esame nei giudici designati dall'articolo 783, e giurisdizione totale e piena, non divisa *con quelli che pronunziarono la sentenza penale* (1); ed è ragione. Perchè l'azione civile potrebbe o dovrebb'essere autorizzata, supponiamo, in forza del giudicato penale; ma le questioni, per esempio, della solidarietà, della estensione dei danni che una parte voglia spingere sino al valsente di tutta la lite, e via discorrendo, non può giammai convenire che a questa giurisdizione.

In relazione alla quale avvertenza, giova aggiungere un'altra osservazione che riguarda *i tribunali e le corti* quali enti collettivi, in istato di delinquenza, secondo il num. 1° dell'articolo 785.

Che è mai un'azione penale o l'azione civile che deriva da cagione delittuosa contro un *tribunale*, una *corte*, un corpo morale qualunque sia? non è che la persecuzione dei singoli. Il corpo morale si decompone, per così esprimermi, sotto l'azione della penalità, e i singoli rimangono esposti come individui responsabili alle conseguenze dei loro fatti.

Quando adunque nell'articolo 785 si parla di azione civile contro *un tribunale o una corte*, non si tratta di far sparire l'ente morale, come sparisce dalla scena politica un ministero; ma di attaccare gl individui personalmente, e non per altra ragione si dico un tribunale o una corte, se non perchè tutti i suoi membri sono infetti della stessa pece, lordi dello stesso delitto.

Da codesta compartecipazione di tutti i membri del corpo ad uno stesso f tto colpevole, sotto l'aspetto prettamente pen le, nasce la solidarietà pel risarcimento dei danni (Giuli ni, *Del diritto criminale*, 3ª edizione, tom. I, pag. 290); ed anche per gli effetti civili è scritto l'articolo 1136 del Codice civile; negli annali della giurisprudenza non manc no solenni e dolorosi esempi (Merlin, v° *Prise à partie*, § 3) (2).

E poichè anche sotto nome di *ente collettivo* l'azione è diretta singolarmente contro gli individui, ne segue che l'accusa da cui è colpito un intero corpo morale, può venirsi sciogliendo non verificandosi che su questo o quello degli individui del tribunale o della corte, e può sv nire la solidarietà (3). Il quale stato di cose può anche dar luogo a modificazioni in ordine ll'*autorizzazione* che abbiamo detto doversi, dopo il giudicato penale, attendere dall'autorità civile.

2. *Del rito.*

La *domanda di autorizzazione* precede ogni altra. È fatta per via di ricorso av nti la corte competente a giudicare del diritto dell'azione civile colla presentazione del ricorso al presidente. Se non constasse del perfetto

(1) Potranno anche per avventura essere gli stessi giudici (vedi gli articoli 37 e seg. del Codice di procedura penale); ma la loro costituzione sarebbe quella del presente Titolo della procedura civile.

(2) Un infelice, accusato di delitto capitale, fu assoggettato alla tortura ordinaria e straordinaria su lievissimi indizi. Il dolore gli strappò una confessione che gli valse la condanna di morte. Intanto aveva dovuto soccombere in conseguenza della tortura. Riconosciuta dipoi e proclamata la sua innocenza, i giudici furono personalmente e solidalmente condannati, a titolo di danni e interessi, alla somma di lire 6000 a favore della vedova (Decisione del consiglio di Francia del 15 ottobre 1708).

(3) Può bene emergere che una minoranza combatta la rea massima che dolosamente si volle adottare dalla maggioranza.

adempimento del capoverso dell'art. 786, la domanda sarebbe improponibile; o proposta, sarebbe rigettata.

Ma il magistrato accusato non deve aver notizia di questo attacco, non dev'esser chiamato, o almeno non gli dev'essere notificata la contraria istanza?

La legge non ne fa motto; ma non è la prima volta che, *ratione dictante*, cerchiamo posizioni analoghe, e ne deduciamo regole somiglianti (articolo 3, capoverso, *Disposizioni preliminari* del Codice civile). Caso che può prendersi ad esempio è quello dell'art. 124, che ordina doversi *comunicare al giudice l'atto di ricusazione*, avendo poi il giudice facoltà di rispondervi nel termine di due giorni (articolo 125). Se vi è differenza, consiste nella gravità di gran lunga maggiore del processo attuale. Ciò è tanto più necessario in quanto, sorpreso il magistrato da quest'atto nell'esercizio delle sue funzioni, e costretto ad astenersi, deve ben conoscere e la minaccia e i mezzi con cui viene appoggiata. Lo stesso silenzio nella legge francese, ma la stessa spiegazione della giurisdrudenza obbligata a ricorrere all'analogia (Chauveau, q. 2186 ter).

Articolo 787.

La corte delibera per l'autorizzazione in camera di consiglio.

Se il ricorso è rigettato, la sentenza ne contiene i motivi, e il ricorrente è condannato in una multa estendibile a lire centocinquanta.

Articolo 788.

Quando la corte conceda l'autorizzazione, ordina che copia del ricorso e del decreto sia notificata, nel termine che sarà stabilito, al conciliatore, al pretore, al giudice, al consigliere, o all'uffiziale del ministero pubblico, e, se trattisi di tribunale, di corte o di sezione, al capo rispettivo.

Le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico contro i quali è proposta l'azione devono, nel termine stabilito nel decreto, costituire un procuratore e presentare le loro difese.

Annotazioni.

1. La giurisprudenza francese va più avanti. Si crede che il magistrato debba esser citato a comparire all'udienza della corte (V. Pigeau, questione suddetta). Ma in questo non si può convenire. E qui pure abbiamo una guida nell'articolo 125. La risposta si comunica al presidente per mezzo del cancelliere, e la corte si aduna in camera di consiglio. È del carattere di tali deliberazioni di pronunciarsi senza contraddittorio (art. 778, n° 2) come una disposizione interna, contro la quale, secondo la natura degli affari, si ammette difesa e reclamo.

2. La reiezione dell'istanza non ha altro seguito. Il ricorrente subisce la multa, e se ne va con Dio.

Ma se l'autorizzazione è concessa, allora comincia il giudizio in tutta la sua gravità. Allora hanno luogo le notificazioni prescritte dall'articolo 788, donde però non si deve inferire esclusa la notificazione *anteriore* di cui ho fatto cenno nelle ultime parole intorno all'articolo 786. Vi sono due scopi diversi e ben distinti. Il primo a combattere e impedire l'autorizzazione: nel secondo sta la importanza somma; il difendersi da una imputazione acerbissima, di cui non possono prevedersi le conseguenze.

E questa una procedura *sui generis*, eccezionale, e non ha che dei riscontri indiretti col sistema generale. La notificazione prescritta dall'articolo 788 vale e tien luogo di citazione. Essa già deve contenere tutto ciò che è necessario a sapersi; se fosse insufficiente la istanza, inetta, confusamente motivata (oltrechè deve sempre credersi che la corte avrebbe negata l'autorizzazione) sarà più facile ai notificati respingere le pretese: nullità non potrebbe proporsi in ordine ad una forma che non è precisata.

Che non si tratti di una vera citazione, che il giudizio mantenga un certo carattere medio fra il contenzioso e l'amministrativo, e sia quasi misto delle due forme, si evince anche da questo, che la *notificazione* si eseguisce al *capo* se un corpo giudiziario viene attaccato, comunque siasi già osservato che un corpo morale non si carica di responsabilità seguitandosi a considerare come un ente di ragione e una rappresentanza, ma nelle singole per-

sone dei suoi componenti. Si presume che il capo non mancherà di diffondere a' suoi membri la poco lieta comunicazione, e così ciascuno sarà avvisato. Vi è qualche cosa in questo disposto che *accenna alla solidarietà;* ma la veduta non sarebbe troppo esatta. La solidarietà può non esservi; invece una vera contrarietà potrebbe scaturire per risoluzioni solo in apparenza comuni, mentre vi fosse alcuno dei membri che avesse interesse di caricare sopra altri la colpa: a ciò la legge non ha posto mente.

3. Neppure si dichiara il modo della notificazione. Quantunque il sistema adottato dell'articolo 784 potesse sembrare analogo, io penso nondimeno che la notificazione sia da praticarsi nelle forme comuni, per mezzo di usciere, altro essendo una istanza rispettosa che si fa ad un magistrato per ottenere un rescritto di giustizia, ed altro una chiamata in giudizio. Tanto più che trovo avvalorata questa opinione dalla dottrina francese nel caso affatto uguale di quell'art. 514. Boitard dice in questo proposito: « Il n'a plus droit « aux mêmes ménagements qu'auparavant; « aussi *n'est plus par l'intermédiaire du gref-* « *fier* que le demandeur correspond avec lui; « *il devient un adversaire ordinaire à qui les* « *significations d'actes sont faites à la per-* « *sonne, ou à domicile* ». Certo da questo punto cessa ogni rapporto di somiglianza fra il giudice ricusato, che sempre conserva nella questione di ricusa la sua qualità di giudice, non essendo veruna azione diretta personalmente contro di lui.

La corte fa un decreto (1) ed assegna un termine, come dice il capoverso dell'art. 788. *Si deve costituire procuratore.* Ciò prova la solennità che assume il giudizio.

Potrà chiedersi se la costituzione del procuratore debba essere accompagnata dalla *dichiarazione di residenza* o *elezione di domicilio*, giusta l'art. 154. La legge ha imposto l'uno e non l'altro obbligo, bisogna bensì supplire al silenzio generale, ma dove si dispone, e si dispone con certe restrizioni, non parmi potersi aggiungere al testo.

4. È curioso il ricercare *se in questa specie di giudizio abbia luogo la contumacia e l'opposizione.*

Senza dubbio la mancanza della costituzione del procuratore, equivalendo alla non comparsa, è quella che chiamasi contumacia.

Quantunque l'istituto dell'*opposizione* abbia un carattere di generalità come l'appello, di maniera che per escludere questo diritto della difesa è d'uopo farne una disposizione speciale (articolo 574): tuttavolta richiedesi che l'organismo e la forma del procedimento corrisponda e renda possibile la sua applicazione. Ove non si ha una vera e propria citazione, ove non sono possibili le pratiche ordinate negli articoli 381 e seg. in un giudizio il cui merito può proporsi *in cassazione*, ove s'ignora l'opposizione contumaciale, in un assetto giudiziario tanto speciale, nel silenzio della legge, nella conformità del nostro sistema al francese, che non ammette neppure la rappresentanza preparatoria, sono nell'avviso che l'opposizione contumaciale non sia opponibile.

Articolo 789.

Dal giorno della notificazione, e sino alla sentenza definitiva, le autorità giudiziarie o gli uffiziali del ministero pubblico, contro i quali è promossa l'azione, devono astenersi da qualunque ingerenza nelle cause della parte ricorrente, dei suoi ascendenti, discendenti, o coniuge, sotto pena di nullità degli atti fatti col loro intervento.

Annotazioni.

Il magistrato non ha perduta la sua qualità; non è spogliato di giurisdizione, eccetto che per le cause indicate nell'articolo, rapporto alle quali *è in istato di sospetto;* applicazione del principio stabilito nei numeri 7 e 11 dell'articolo 116.

Articolo 790.

Presentate le difese indicate nell'articolo 788, o decorso il termine stabilito per presentarle, la causa si spedisce all'udienza che sarà stabilita dal presidente.

(1) *Decreto* in quanto emana dalla camera di consiglio, e non è una sentenza.

Articolo 791.

Quando la parte ricorrente voglia intervenire all'udienza deve essere rappresentata da procuratore legalmente esercente.

Annotazioni.

1. Dapprima, nella preoccupazione che sembra prodursi da così strana combinazione giudiziaria, si pensò di dividere questo geloso ufficio, ordinando che ad altra autorità, che a quella che aveva accordata l'autorizzazione, si portasse il merito della controversia. Così dispone l'articolo 515 del Codice di procedura franc. Pare però che la legge del 22 marzo 1808, articolo 22, venisse modificando l'articolo 515, e dovesse giudicarsi *a Sezioni riunite*. Quest'idea era passata nel Codice sardo del 1859 (articolo 646, capoverso), ed ora è abbandonata.

2. Il *pubblico ministero* interviene di diritto in queste cause (articolo 346, n. 7). Saranno quindi applicabili i disposti del capoverso del citato articolo, e quello dell'articolo 347.

3. *La costituzione del procuratore e la produzione delle difese* si fanno nello stesso termine prescritto dalla corte (art. 788). Quindi le difese sono scritte, non obbligatorie, senza forma conclusionale; e senza esse, o con esse, la discussione orale all'udienza. Non si accorda termine alle risposte, o almeno non è imposto dalla lettera della legge, ma perchè non potrebbe anche assegnarsi un termine alla risposta? Allegano i glossografi francesi che in un giudizio, ove i termini non sono regolati a passo e misura, una ragionevole facoltà è attribuita alla corte; che niun termine può dirsi assoluto e perentorio, ma queste ed altre ben molte facoltà debbono supporsi, se è vero che, malgrado sì brevi espressioni di rito, in una così succinta descrizione di giudizio, possano aver luogo, come per certo possono averlo, prove d'ogni genere; e tutte quelle diremo che la procedura riconosce legittime.

4. *L'udienza è stabilita dal presidente. L'udienza è pubblica*, come ogni altra. Per noi *udienza* suona sempre adunanza aperta al pubblico (art. 52). Non parmi che possa farsi di questa un'eccezione; nè che il *buon ordine* o il *buon costume* debba patirne. La limitazione potrebbe trovarsi scritta in una legge, secondo il capoverso di quell'articolo. Ma qui non è scritta. Il linguaggio dei nostri codici acquistò la desiderata precisione quando si distinsero le *deliberazioni delle camere di consiglio* dalle udienze. L'autorizzazione si disputa in camera di consiglio, ma una volta concessa, dato alla convenienza ciò ch'essa esige, il diritto dei contendenti rientra sotto la garanzia della pubblicità, che anzi per la qualità delle materie e delle persone è particolarmente richiesta ed opportuna. Il Carré, e con lui il suo perpetuo e valoroso annotatore, parvero inclinare nel senso opposto; ma io dubito che siasi un po' confuso l'art. 515 coll'art. 511 di quel Codice, come può verificare chi riscontri la loro questione n. 1821. In opposto Boitard, all'articolo 515, dice: « L'affaire est plaidée « comme toute autre affaire. Le juge, je l'ai « déjà dit, est assimilé après l'admission de la « requête à un adversaire ordinaire. L'avocat « de la partie plaide contre le juge qui peut « lui même charger un avocat de présenter « ses défenses ».

5. Anche l'articolo 791 è imperativo. *Si dev'esser rappresentato da un procuratore*. La parte ricorrente non potrebbe altrimenti essere ascoltata; ed è questa la conseguenza del suo difetto. La rappresentanza procuratoria, a quello che intendo, più che altro, è un saggio espediente della legge ad impedire gli attriti e temperare l'amarezza che facilmente trabocca (ne dà argomento l'art. 789), confidando perciò la trattazione agli uomini dell'arte, usi ad attraversare le passioni dei loro clienti senza sentirne il rovello (1). La interposizione del procuratore conferisce alla dignità della discussione: previene degli scandali.

6. *La sentenza non è appellabile.*

L'appello generalmente parlando è di diritto; ma quando siamo in quei giudizi che si chiamano speciali, quasi *extra ordinem*, governati da forme proprie, e hanno un oggetto particolare, è d'uopo che o espressamente, o con richiami d'analogia, si possa dedurne il diritto dell'appello: e qui abbiamo una vera e decisa esclusione, dacchè il giudizio è demandato *ex primo* alle corti d'appello, od anco alla stessa corte suprema. Non trovo che gli scrittori francesi ne abbiano fatto segno di dubbio (2).

---

(1) È difatti una giunta all'ordinamento francese, che abbiamo del resto imitato pressochè in tutto.

(2) Come non si parla di appello, non si parla di ricorso in cassazione. La sentenza dev'essere noll-

7. *Ultime osservazioni sugli effetti della condanna.*

Si disse nell'esordio, l'azione essere personale, non influire sui giudicati contro i quali l'azione civile non vale come mezzo d'impugnazione, massime dopo che il nostro legislatore ha fatto così opportunamente cangiar di posto a questo titolo. Strana è quindi, e giustamente riprovata, quella dottrina del Poncet: « Tous les actes d'instruction arqués, et « le jugement non acquiescé, qui en a été la « suite (cioè del dolo del giudice), sont an« nullés ». Vi è una parte del tutto estranea al giudizio dell'azione civile, ed è quella che ha vinto la causa, o ha riportato dei vantaggi dal dolo, dalla colpevole inerzia del giudice. Se vi fu dolo, collusione, corruzione del giudice, egli è vero la parte stessa si ritiene principale istigatrice o complice; ma altri interessati possono figurarsi innocenti della frode, e vantaggiati dell'esito. In sede di azione civile non si assume il sindacato di quei giudizi. Il *dolo della parte* ha pure la sua medicina nel mezzo di rivocazione; il soccombente doveva valersene. Dato il caso che il litigante colpevole avesse subito un giudizio penale, e fosse stato condannato, potrebbe anche venirne di conseguenza la perdita di certi diritti che si fosse procacciati co' suoi inganni, ma tutto ciò non ha il menomo rapporto coll'*azione civile* spiegata contro la persona del giudice. È possibile che la posizione stessa di diritto sia rimasta alterata; è possibile nella mutata condizione di cose, riprender la lite, ottenere delle riparazioni, ma nulla di questo riguarda il nostro tema. Il Pigeau, acutamente se vuolsi, ma non rettamente, disse che quel giudice così anatemizzato doveva considerarsi come non aver giudicato quasichè non avesse mai avuta qualità di giudice; ma gli si è bene risposto, che con ciò si darebbe all'azione civile un effetto retroattivo, esorbitante, assurdo. Delle conseguenze insomma anche gravi potranno derivarne alla stessa parte che troppo presto si rallegrò della vittoria, ma indirette, ma non calcolabili nel giudizio dell'azione civile » (Tarbé, *Lois et réglements de la court de cassation*, n. 1009 a 1029).

Articolo 792.

Quando la domanda sia rigettata l'attore è condannato nella multa stabilita nell'articolo 787.

Annotazioni.

1. La multa è meritata ugualmente, o la domanda sia respinta subito dalla corte nella deliberazione preliminare (art. 787), o dopo un giudizio, fors'anche assai lungo e difficile; e qualunque sia il motivo della reiezione.

Accennando a *motivi*, non si afferma la necessità di esprimerli. L'ammissione o la negazione della facoltà di promuovere il giudizio contro il magistrato non esprime, e, secondo me, non deve esprimere, la ragione del decidere. La sentenza per contro deve esporli i motivi, come ogni altra. La motivazione non è solo materia di sindacato alle autorità superiori, è anche un ufficio morale della decisione; il rispetto della coscienza pubblica tacitamente e supremamente chiamata a sanzionare della sua approvazione le decisioni giudiziarie (1). Si direbbe, il *pudore della giustizia*. Concedendo o rigettando, dopo un giudizio d'indole contraddittorio, si pronunzia sempre una sentenza.

2. Chi ha scritto sulla materia, osservò che l'articolo 516 della procedura francese (cui si conforma il nostro 792) non fa ragione che della *reiezione dell'istanza*. Non ha dettato, nè poteva dettare la formola dell'ammissione, nè l'oggetto che l'autorità decidente si deve proporre (2). È la condanna del magistrato colpevole nell'emenda dei danni e interessi. Più fiero sarà il susseguente giudizio, in cui i danni dovranno determinarsi. Intanto ricordiamo queste gravi parole di Ulpiano: « Judex tunc « litem suam facere intelligitur, cum dolo malo « in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo « autem malo facere videtur, si evidens ar« gnatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel « etiam sordes: *ut veram æstimationem litis* « præstare cogatur ».

(1) Dei magistrati legali: il giurì è invece la stessa coscienza pubblica. Ci si al dice.

(2) Non tocca neppure della *notificazione* della sentenza; ma è nel diritto generale della procedura, ficata alle parti, e questo è il diritto comune di ogni giudizio. La sentenza non ha forme sacramentali, e non è soggetta ad annullamento. Le controversie incidentali ricevono regole d'analogia dalla legge generale. Notifica però la sentenza, l'esecuzione e il giudizio relativo devono interamente e tassativamente conformarsi alla legge generale.

TITOLO III.

DISPOSIZIONI RELATIVE AGLI ASSENTI.

Articolo 793.

Nei casi previsti dall'articolo 21 del Codice civile il tribunale provvede in camera di consiglio.

Articolo 794.

Il tribunale provvede altresì in camera di consiglio sulle domande per dichiarazione di assenza, per immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e per ammissione di cauzione, se siano proposte dagli eredi legittimi.

Se queste domande siano proposte da altri interessati, si procede nelle forme stabilite per i giudizi sommari.

Annotazioni.

1. *Generalità di diritto.*

« Lo stato di assenza è diviso in tre periodi: » l'uno di assenza *presunta;* l'altro di as» senza *dichiarata;* il terzo di *presunzione di » morte dell'assente* « (Vigliani, *Relazione al Senato*).

A questi tre momenti corrispondono tre diversi modi di possesso dei beni ostensibili dell'assente (1); ognuno dei quali modi suppone l'abbandono del possesso dal lato del proprietario. È questa la condizione negativa ma fondamentale del diritto d'ingerenza che primamente assume lo Stato negli affari di un privato. *Assenza*, nel senso del Codice civile, è un concetto morale, più ancora che un fatto fisico; *l'abbandono* animo et actu *della proprietà;* lo Stato la raccoglie; impedisce che si disperda o si consumi; la conserva per l'assente, o per coloro che avranno causa da lui.

Perciò la prima ricerca è, *se ci sia un procuratore.* Il procuratore è la *mens*, lo spirito del proprietario lontano, che rimane attaccato alla sua proprietà. In questo senso uomini che viaggiano tutta la vita, e con mutata chioma tornano al loro paese, non furono mai assenti.

L'esistenza del procuratore, comunque le facoltà del suo mandato siano scarse a tutti i bisogni della proprietà, è una protesta permanente contro l'assenza del proprietario; lo Stato supplisce per mezzo de' suoi organi legali alla insufficienza dei poteri del procuratore (2). Ma se quello può essere un proprietario improvvido, a rigore, assente non potrebbe dirsi.

Se la procura è scaduta, se non si rinnova, se il proprietario non corrisponde più col suo procuratore, se non riscuote neppure le sue rendite, che continuano a versarsi nelle mani dell'antico mandatario oltre ogni termine delle sue facoltà, s'immuta il modo del possesso, si dà un rappresentante alla proprietà, specie di sequestro legale: è ciò che propone l'art. 21 del Codice civile.

Vi è *presunzione d'assenza* (3).

2. *Del tribunale competente.*

Il tribunale civile dell'ultimo domicilio o *dell'ultima residenza dell'assente* è il magistrato competente per tutte le operazioni che potranno occorrere sull'abbandonato di lui patrimonio. La legge sembra porre un'alternativa, ma è veramente tale? Sappiamo che il Codice di procedura, negli speciali suoi fini, preferisce, come luogo di comunicazione degli atti avversi, la *residenza al domicilio.* Il ces-

(1) Possesso amministrativo. Possesso temporaneo dei successori. Possesso definitivo.

(2) « Se vi è un procuratore, il tribunale provvederà soltanto per gli atti che non potessero » farsi dal procuratore in forza del mandato o della » legge (quale *negotiorum gestor*) », articolo 21 del Codice civile, capoverso.

(3) V. il mio Comment. al Cod. civ. ai cit. articoli.

sato Codice albertino non parlava di *ultima residenza*, ma solo di *ultimo domicilio*: e noi per quel modo di esprimersi del nuovo Codice italiano siamo portati in faccia a tre quesiti. È indifferente scegliere il tribunalo del luogo dell'ultima dimora o dell'ultima residenza? O dovrà preferirsi il tribunale dell'ultimo domicilio? O finalmente quello dell'ultima residenza?

Se la stessa ragione militasse per la competenza dell'autorità dell'uno o dell'altro luogo (1), si potrebbe credere che la legge ne avesse lasciata la scelta a chi primo promuove gli atti; a lui la facoltà di determinare la competenza colla prevenzione. Ma a preferire il tribunale del *luogo della residenza* può osservarsi che questa è la regola che insegna il Codice di procedura; che si deve citare il presunto assente dove sia più facile ch'egli possa rispondere se ivi ha lasciati domestici, amici, persone di sua conoscenza. Se non che pel *luogo del domicilio* si farà valere l'ordine del discorso (giacchè tutto nella legge si reputa studiato e ponderato); il testo prima enuncia il tribunale del *luogo del domicilio*, indi l'altro; che la regola di procedura non tiene qui dove il maggior interesse non istà nella *notificazione di un atto di citazione* che neppure deve farsi; che la vera importanza di un giudizio di questa natura ella è che si faccia dove esistono i beni, oggetto della provvidenza del magistrato; e appunto ove si ha il domicilio, e non dove la residenza, esiste legalmente la maggior forza del patrimonio (art. 16 del Codice civile).

Le ultime avvertenze hanno senza dubbio un gran valore. Quell'idea che si attacca alla *residenza*; l'idea della perpetua presenza dell'uomo in quel dato punto del territorio; mentre in ogni altro si ritiene più o meno interrotta ed incerta, quell'idea si smarrisce in confronto del concetto di assenza; quell'uomo non è in nessun punto del territorio; se si sapesse dove trovarlo, dovrebbe cercarsi: *ultima residenza* equivale a *residenza che fu*. Io sarei per credere che il più atto, il più pronto, il più indicato a regolare l'amministrazione dei beni dell'assente, e molto più a provvedere alla sua medesima successione, come vedremo più avanti, sia il magistrato locale, quello cioè del luogo ove esistono gli stessi beni, gli stabilimenti industriali, gli immobili dell'assente (2). Ma al concetto della *realtà* è prevalso quello della *personalità*; si è parlato di residenza e di domicilio, come si trattasse di citar la persona, e di trarla a difendersi in giudizio (3). Quindi può bene avvenire, in ispecie per quanto è il luogo della residenza, che il tribunale si trovi a troppa distanza dalla situazione dei beni ai quali deve cominciarsi a dare un'amministrazione, e in seguito saranno anche aggiudicati a dei futuri eredi di un supposto defunto. Ma poichè la legge è così, poichè si è partito dal rapporto personale, anzichè dal reale, pressochè paralizzandosi in questo caso i principii razionali che fanno preferire il tribunale della residenza a quello del domicilio, altri sarebbe tentato a dire che legge ha veramente proposta un'alternativa, e lasciata la facoltà della scelta.

Conchiudendo, parmi che *si debba preferire* il tribunale del luogo della residenza. Non si può di leggieri dipartirsi dal canone fondamentale scritto nell'articolo 139. Nè fa che la legge abbia usata un'espressione alternata, quasi facoltativa: mentre ci fa ricordare che la stessa forma di dire è usata nell'articolo 90.

3. *Secondo momento: dichiarazione d'assenza.*

Dopo tre anni continui di assenza presunta, nei quali il proprietario si è lasciato ignorare, *e dopo sei, ove l'assente abbia un procuratore per amministrare...* « *chiunque creda di avere sui beni dell'assente dei diritti dipendenti dalla morte di lui*, può domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata » (articolo 22 del Codice civile).

Bisogna intender bene il senso di quelle parole: *dopo sei anni ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare*. Ho già notato che si può star lontano tutta la vita senza incorrere nell'*assenza legale*. Conviene che *per sei anni continui* il procuratore sia rimasto privo di corrispondenza e persino di notizie

(1) Suppongo l'ultima residenza in luogo diverso da quello del domicilio, come la suppone la legge. Tizio, ora assente, abitava con stabile intenzione in Milano; ma di là portavasi continuo a Modena, ove riteneva la somma de' suoi affari, stabilimenti commerciali, impresa agricole, ecc., ma non vi aveva abitazione: ove occorresse, dimorava in città, e prendeva alloggio in un albergo.

(2) Boitard, parlando della competenza, introduce una distinzione, ragionevole, ma non appoggiata dalla legge. « En regle générale, c'est le tribunal « du lieu où l'absent été domicilié qui constate la « présomption d'absence; c'est le tribunal de la « situation des biens qui statue sur les mesures re- « latives à l'administration ».

(3) Il Duranton ha detto bene, che nell'assenza si propone una *questione di stato*.

del suo mandante: silenzio assoluto per sei anni. Allora soltanto il sospetto della morte comincia a prender radice; ma vi sono tante altre cause che impediscono una corrispondenza! Viaggiando nella Lituania, la polizia russa lo colse come un emissario dei polacchi, e lo mandò in Siberia. Non se ne sa più nulla, Ma è molto probabile che per nuove ricerche, anche diplomatiche, e col tempo che la legge pone in mezzo, si arrivi a scoprire la triste esistenza di quell'uomo.

La ingerenza diretta dello Stato non è ancora cessata; ma è venuto il tempo di fondare uno stabile assetto di cose. Si apre una successione provvisoria. Vi è forse un testamento, e allora la volontà dell'assente è la miglior guida. In difetto, si fanno avanti i presunti eredi legittimi. Tutto ciò è stupendamente regolato dal Codice civile (articoli 26 a 35), e noi non dobbiamo occuparcene. Ma fra gli eredi scritti e i presunti legittimi, fra i vari interessati, possono sorgere delle questioni, già prevedute dall'articolo 26; a noi appartiene di esaminare il diritto della competenza.

Una competenza statuita per ordinare una amministrazione; una magistratura che in certo modo si sostituisce col diritto della necessità all'azione del proprietario, e provvede temporariamente al governo delle cose sue mediante un curatore che deve anche renderne conto allo stesso tribunale: tale competenza e tale magistratura non hanno la stessa ragione di essere, qualora si rompa una lite fra persone nuove che vengono a battersi pel diritto di successione, e reclamano la competenza dei loro giudici naturali.

Il tribunale è investito della facoltà di *dichiarare lo stato d'assenza* del cittadino scomparso dal paese; e l'articolo 26 del Codice civile, nel suo primo periodo, ne fa espressa conferma. Ma poco stante lo stesso articolo ci fa sentire di quanta rilevanza siano le determinazioni che si presentano ai giudizi del magistrato. In effetto tutti i diritti di successione vengono a fare le loro prove, sopra un sepolcro non ancor chiuso, egli è vero; a fronte di un risultato che non cesserà di essere condizionale, questo pure è vero; ma ciò nulla influisce sulla natura delle questioni che vanno ad agitarsi, e sul bisogno di deciderle definitivamente.

Io insisto sopra questo riflesso, perchè la mia mente ne apprende la gravità coll'intuito delle conseguenze.

Se si scopre un testamento, se il testamento è impugnato dagli eredi legittimi, se fra gli stessi eredi legittimi si suscita una questione di prevalenza e di diritto esclusivo, se i donatari, se i legatari, se il coniuge dell'assente si disputano le sue spoglie, la sentenza che uscirà da tale contrasto d'interessi, nel supposto che comincia a diventar probabile, che l'assente più non rinvenga, non formerà forse cosa giudicata a tutti gli effetti della successione e dei diritti che con essa s'intrecciano o ne conseguono? Niuno, io credo, potrebbe dubitarne. Ora viene la domanda.

Quale sarà il tribunale competente?

Abbiamo un testo del Codice civile che s'ingerisce di procedura (articolo 21), mentre la procedura non fa che richiamarsi alla disposizione del Codice civile. Quando il legislatore della procedura detta egli stesso i propri ordinamenti, è meglio: a prenderli dal Codice civile, che non è il loro terreno, non sempre riesce, pel semplice motivo che la legge civile non mette abbastanza attenzione per armonizzare colla procedura; onde la pratica sottile viene a scoprire i vuoti.

Eccoci qua con una legge di procedura, che richiamandosi a quella del Codice civile, se si sta alla lettera, sembra concludere, che il tribunale civile dell'*ultimo domicilio* o dell'*ultima residenza dell'assente*, è il tribunale competente per decidere non solo tutto quanto alla buona condotta e all'amministrazione del patrimonio dell'assente si appartiene, ma eziandio le liti di successione che possono sorgere fierissime fra i pretendenti della sua eredità. Ma questo è forse possibile?

Mettiamo la teorica in esempio. Tizio, assente, aveva la così detta *residenza* in Milano: il tribunale di Milano è stato adito per gli atti di cui fin qui si è discorso. È avanti lo stesso tribunale che A e B, eredi scritti, domandano o ottengono la immissione in possesso di beni mobili e immobili componenti la successione, i quali si trovano nella provincia d'Ancona. Ma gli eredi legittimi sono convinti che il testamento è nullo, e muovono lite. Io domando: dopochè il patrimonio ha avuto una, benchè condizionale, destinazione; dopochè si è così fabbricato sulla presunzione di morte dell'assente, quelle cause per le quali fu stanziata la competenza *del tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza* del creduto defunto, non sono forse cessate? Come mai la nuova questione, che riguarderebbe i suoi posteri, dovrebbe ancora portarsi a quel tribunale? Eppure se consultiamo l'articolo 21 del Codice civile, e i nostri articoli 793 e 794, non possiamo cavarne altro costrutto. Tuttavia, l'ho già detto, non può esser così. Per la regola generale (articolo 90) il tribunale compe-

tente sarebbe quello del domicilio o residenza dei convenuti. Mo io son fermo nel credere più presto applicabile il disposto dell'art. 94, perchè trattasi di una vera e propria questione di successione.

3. *Terzo momento. Possesso definitivo.*

Dopo trent'anni dalla immissione nel possesso temporaneo, dopo cento anni dalla nascita dell'assente, la sua morte è un fatto legale, che la storia e la natura può miracolosamente smentire. Il possesso diventa definitivo (articolo 36 e seg. del Codice civile).

L'aggiudicazione definitiva è nelle facoltà del tribunale che fu nell'esordio degli atti investito di giurisdizione, e la conserva per quel principio di continuità che è uno dei cardini dell'ordinamento dei giudizi. La legge ci avverte (articolo 37 del Codice civile) che solo a questo punto la protezione attiva dello Stato cessa, e i suoi organi legali si ristanno come quelli che hanno compita la loro missione. Quantunque vi sia stata di mezzo una decisione di diritto, secondo la ipotesi discorsa nel numero 3° di queste Annotazioni, non dubito che il tribunale competente per gli atti della definitiva immissione dei beni non sia pur quello della momentanea e transitoria: dopo di che la sua giurisdizione rimane esaurita, e le cose ripigliano l'ordinario loro corso.

5. L'articolo 794 distingue gli eredi legittimi dagli altri interessati nel modo di procedere più semplice e senza contraddittorio. Si risponde adunque in *camera di consiglio* alle loro istanze in quanto riguardino: *a)* i provvedimenti iniziali in conformità dell'articolo 21 del Codice civile; *b)* la dichiarazione di assenza; *c)* l'immissione temporanea nei beni dell'assente; *d)* la prestazione della cauzione (V. articolo 795). L'interesse dell'assente è difeso dal pubblico ministero, è protetto dalla giustizia del tribunale; manca in effetto un contradditore. Non è spiegato se la *immissione in possesso definitivo* sia parimente ordinata in camera di consiglio, e si richiegga un giudizio di altra forma.

Nel titolo XI del libro VII il Codice sardo del 1859 dettava delle norme, ora soppresse nella nuova redazione, ma soppresse soltanto per una certa parsimonia di dettato, non perchè non siano da osservarsi. Diceva l'articolo 1022 che quando il sospetto di assenza è fondato negli indizi legali, *si fa il ricorso al tribunale dagli interessati o dal pubblico ministero; il ricorso si consegna al segretario* (cancelliere); nel primo caso il segretario *lo trasmette al pubblico ministero per le sue conclusioni al più tardi il giorno dopo la presentazione.* Il pubblico ministero *presenta egli pure le sue conclusioni; si delega un giudice*, e intesa la sua relazione in camera di consiglio, il tribunale provvede. Lo stesso metodo è tenuto o si tratti *di ottenere la dichiarazione di assenza* (articolo 1023) o d'immissione in possesso provvisorio (articolo 1025). Rapporto alla immissione definitiva anche allora la legge era muta.

Questo silenzio è riflessibile. Se il tribunale dell'azione personale (quello dell'ultimo domicilio o residenza) non si fosse già, per volere della legge, immischiato in quelle dazioni di possesso transitorie, provvisionali, più o meno durature, che si accordano nei primi stadi dell'assenza presunta o dichiarata, il tribunale della immissione definitiva potrebbe con ragione ravvisarsi in quello del luogo ove sono posti i beni. Ma non possiamo noi crearci una giurisdizione diversa da quella che ha stabilita la legge. Fu già mostrato che, intorno a questo argomento, la predilezione della legge è assai scarsa per la competenza locale. I rapporti personali dell'assente coi luoghi da lui abitati, da lui frequentati *in illo tempore*, hanno fatto più impressione, sono stati più efficaci a determinare la competenza. Quel nesso, quella relazione, se volete ancora, quella memoria non ancora cancellata dagli anni, e soprattutto il possesso della giurisdizione; le varie pronunciazioni e provvisioni del tribunale che si manifestano come in serie crescente di tempo in tempo; il tornare che fa lo stesso tribunale sulle proposte risoluzioni, o sciogliendo le cauzioni imposte o derogando ad altre coutele che non hanno più ragione di essere (articolo 36 del Codice civile), tutto questo persuade la persistenza della giurisdizione nel tribunale medesimo: e troppo poco è il silenzio, troppo poco è un'omissione, forse riputata innocua, perchè abbia a credersi radice di uno competenza nuova e diversa quando si tratta d'immissione definitiva.

6. I soli eredi legittimi hanno lo spazio libero e la porta aperta per domandare al tribunale e ottenere *de plano* in camera di consiglio le cose permesse dall'orticolo 794. Gli eredi legittimi sono i successori naturali del presunto morto; non hanno a prender briga con altri se non ne prendono fra loro. Gli eredi testamentari sono in condizione diversa. I primi hanno il loro titolo nei diritti del sangue, nelle disposizioni della legge; i secondi, allegando la *voluntas hominis*, devono provare di più; devono provare un atto regolare, certo e perfetto all'intento che si propone. In uno stato di cose tanto fuori dell'ordinario com'è

il presente, la *camera di consiglio* non è sembrata garanzia sufficiente; si vuole la forma del *giudizio sommario*. Si deve adunque citare nei modi consueti; i citandi sono gli eredi stessi legittimi. Lode alla sobrietà; ma l'articolo 1025 del Codice del 1859 non fece mica un cattivo servigio spiegandosi più chiaro. Eccone le parole: « Quando intendessero proporre la stessa domanda altri interessati, *si procederà in contraddittorio degli eredi legittimi* »: locchè aveva pur detto l'art. 1023, aggiungendo: « s'istituirà il giudizio in via sommaria ».

Questo precetto non è fatto solo agli eredi testamentari, ma eziandio agli *altri interessati*. L'articolo 26 del Codice civile ce ne descrive alcuni, e traccia l'ordine processuale che dove praticarsi: « I legatari, i donatari, e tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, *possono chiedere*, *in contraddittorio degli eredi, di essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei diritti* ». Fra gl'interessati si annovera il *coniuge dell'assente* per i suoi titoli matrimoniali o diritti successorii; e può anche *ottenere una pensione alimentaria* sui beni di lui (1) (detto articolo 26, capoverso ultimo). Assumendo il giudizio indole contraddittoria, il magistrato siede *pro tribunali*; vi hanno citazioni, difese, conclusioni, e si pronunziano sentenze, soggette alla censura e alle revisioni delle autorità superiori come tutte le altre.

7. Contuttociò la sfera della competenza è circoscritta dallo scopo, che è sempre quello di avvisare a mezzi conservatorii, a sistemazioni dedotte bensì dal fondo dei rispettivi diritti ma peculiari alla circostanza, improntate di un carattere transitorio; e la preoccupazione del magistrato si potrebbe dire quasi divisa fra l'interesse dell'assente, quello del suo patrimonio, e una giusta estimazione dei diritti dei pretendenti che aspirano prematuramente alla successione. Tutto questo serve a giustificare la competenza del tribunale personale dell'assente; quello cioè del suo ultimo domicilio o residenza (2).

Non sembra tuttavolta doversi rinunziare alla dottrina per noi propugnata al premesso num. 4, in cui si sostiene che, ove fra codesti interessati, qualunque siano, sorgano controversie di diritto che astraendo dall'aggetto di questa competenza, che è il buono assetto e la rappresentazione del patrimonio dell'assente, non riguardino che i loro interessi, tali questioni abbiano ad essere ampiamente e radicalmente trattate. In simili contingenze si deve far luogo alla giurisdizione ordinaria, si ha diritto di reclamare i propri giudici, e sarebbe troppo disforme dai principii del sistema che avessero a giudicarsi a tamburo battente, come suol dirsi, e senza i larghi presidi e le guarentigie dei giudici formali (3).

Articolo 795.

La cauzione è proposta a norma della sezione VI del capo I, titolo IV, libro I.

Se la cauzione sia data con ipoteca su beni immobili, il cancelliere deve farne eseguire l'iscrizione, trasmettendo nel termine di giorni cinque dall'atto di obbligazione le note al conservatore delle ipoteche, sotto pena di una multa estendibile a lire cinquecento, oltre il risarcimento dei danni.

Articolo 796.

Nell'inventario e nella vendita dei beni mobili si osservano le norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario.

L'investimento del prezzo ricavato dalla vendita e dei proventi scaduti deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale.

(1) I *creditori* non sono in questa categoria d'interessati, che pretendono invece al diritto di successione (Duranton, num. 415 e 419).

(2) Le materie sono pure determinate dal nostro articolo 794.

(3) Così: se fosse attaccato di nullità il testamento; se fra gli eredi legittimi sorgesse una questione di diritto di succedere dipendente dalle più difficili applicazioni della legge successoria; se si negasse al preteso coniuge la sua qualità o la esistenza legale del matrimonio, ecc.

Annotazioni.

1. La cauzione è condizione essenziale in quel secondo momento dell'assenza nel quale si fa luogo alla immissione in possesso temporaneo, cessando cioè quel primo periodo di custodia che è affidato ad un curatore giudiziale.

Estese, quasi illimitate, sono le facoltà che gli articoli 26 e 27 del Codice civile attribuiscono al tribunale; i modi di esecuzione, dipendendo dalle sue determinazioni, non possono descriversi dalla procedura, ma la forma con cui deve prestarsi la cauzione è stabilita. Inabilitato il possessore degl'immobili di fare altri atti che di semplice amministrazione (articolo 29 del Codice civile), la cauzione dovrà comprendere *l'importanza dei beni mobili, e di quella parte delle rendite*, che potrebbe ricadere al reduce proprietario, secondo le vedute dell'articolo 31 del Codice civile. La cauzione potrà estendersi alla buona condotta e conservazione dei fondi: e questo entra fra i poteri discrezionali di cui il magistrato è rivestito per l'articolo 27 di detto Codice.

2. *Dell'inventario.*

La compilazione dell'inventario è imposta a colui che *ha ottenuto la immissione nel possesso temporaneo* (articolo 29 del Codice civile); l'inventario deve precedere la cauzione che da essa deduce i suoi elementi. L'art. 796 rinvia alle forme stabilite nel Capo II del Titolo VIII di questo Libro.

Io credo che il curatore giudiziale debba formare l'inventario all'atto del suo possesso, quantunque l'art. 21 non gli ingiunga espressamente quest'obbligo. Se non si tratta di coadiuvare un procuratore che abbia pure le sue facoltà e le sue responsabilità verso l'assente (capoverso dell'articolo 21 del Codice civile), se al curatore giudiziale è affidata, come ordinariamente avviene, l'amministrazione del patrimonio, egli deve cominciare dall'inventario, *caput reddendarum rationum*. Ciò è di regola generale necessario; tanto più che l'amministrazione del curatore potrà durare parecchi anni, secondo le previsioni stesse della legge (articolo 22 e seguenti del Codice civile).

L'inventario formato dal curatore giudiziale presenterà un materiale che dispenserà in parte dalle operazioni descritte nel citato Capo II. Più che altro, sarà un riscontro, un raffronto di oggetti: una nuova descrizione degli stabili onde accertare lo stato presente. Ma l'inventario ordinato dall'articolo 796 ha uno scopo che chiameremo più giuridico. Non è semplicemente l'inventario richiesto dalla necessità dell'amministrazione, *è l'inventario di una eredità*. Quindi nuovi interessi e nuovi rapporti di diritto vi sono congiunti. Fra le formalità indispensabili è quella della citazione prescritta nell'articolo 868.

3. *Dell'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario.*

In questo stato di cose raffigurandosi una vera eredità, i diritti che ne provengono non sono punto alieni da quelli che si suscitano dall'eredità di un sepolto, da un'eredità certamente e definitivamente delata. Non sarà mica improbabile che un patrimonio abbandonato sia tutt'altro che ricco. Forse debiti ed imbrogli ne saranno il principale retaggio misto a capitali effettivi, onde occorra molto esaminare ed appurare. Il curatore giudiziale si sarà schermito, avrà camminato alla meglio, evitando pregiudizi; ma in generale non avrà potuto metter mano ad operazioni radicali. Insomma si sentirà il bisogno *di accettare l'eredità col benefizio dell'inventario.*

Il problema è arduo e nuovo, e siamo costretti a portarci un po' più avanti nell'esame del Codice civile.

L'obbligo di redigere l'inventario ereditario nelle forme consuete, col ricorso degli interessati nell'eredità, eredi legittimi presunti, esecutore testamentario, legatari, creditori, è legge assoluta dell'articolo 796. Evidente è con ciò che nella mente del legislatore l'eredità si reputa già deferita, benchè sottoposta all'eventualità non ancora improbabile, nè remota, della ricomparsa del presunto estinto.

A parte l'avverarsi di tale eventualità, che poi si viene sempre allontanando collo scorrer del tempo, cosa manca alla successione ereditaria ed a tutti i suoi effetti? Si aprono le tavole testamentarie: s'interroga la volontà di un uomo che non parla ai viventi se non è defunto: l'eredità si aggiudica secondo la più verosimile intenzione del testatore; quel testamento può essere annullato in formale giudizio; similmente la successione dei legittimi è regolata secondo gli apici del diritto civile. Ebbi occasione di notare che le decisioni che emanano dai tribunali sopra tali controversie, sono durature e perenni, e vere cose giudicate; e non solo danno regola al tempo intermedio, ma anche al futuro, eccetto sempre che il fantasma del trapassato non venga a scompigliare ogni cosa. È tanto vero che l'immesso in possesso temporaneo, quando lo sia in forza di diritti controversi e decisi, e più non tema contraddittori, ottiene dopo i tren-

t'anni *de jure* il possesso definitivo; ossia cangia il suo titolo di possedere da temporaneo in definitivo, ciò argomentandosi ben chiaramente dall'art. 36 del Cod. civ. (1). L'erede da presunto diventa certo, la sua disponibilità vincolata diventa libera; e questa pienezza della proprietà non deriva perchè *in lui siano accresciute qualità giuridiche che prima non avesse*, ma per la cessazione di ostacoli estrinseci, da lui indipendenti.

Posta questa base al nostro discorso, noi facciamo il seguente quesito: *Può accettarsi l'eredità col benefizio dell'inventario? Come si dovrà o potrà procedere* nel caso che l'eredità sia veramente gravata da debiti; e quale sarà la condotta di quest'erede beneficiario impreveduto dalla legge?

Senza dubbio con questa ricerca, con questa formòla, noi pensiamo alla *proprietà* più ancora che al possesso. Ma a siffatta comprensione sembrerebbe far contrasto la costante e, si direbbe, pressochè consacrata dizione del Codice, *di possesso ora temporaneo, ora definitivo*, ma sempre possesso, e non si pronunzia la parola *proprietà*. Può credersi che questo bellissimo titolo del Codice avesse pur d'uopo di essere ritoccato per far intendere chiaramente che dove si dispone del possesso, s'intende anche di disporre sino ad un certo punto della proprietà; e dico *sino ad un certo punto*, perchè non sarebbe vero che disponendosi del *possesso* sulle apparenze del diritto, si disponga anche della proprietà, ma quando il possesso è attribuito ad una prevalenza di diritto, contraddittoriamente decisa, allora si dispone realmente della proprietà, *non di fronte all'assente, ma per quanto riguarda i diritti dei contrari pretendenti.*

Il possesso (mi sia lecito ripeterlo per la grande importanza di questo concetto) dei beni dell'assente importa ricognizione di titolo e di diritto; un vero diritto di successione. Io però sono venuto distinguendo fra immissione incontroversa ed immissione controversa e procedente da dichiarazione giudiziale del diritto, e mantengo la distinzione, attribuendo all'una o all'altra effetti molto diversi. Quindi, secondo il mio modo di vedere, l'erede legittimo che, documentando al tribunale il suo grado, ottenne senza contraddittore e in camera di consiglio il possesso temporaneo (2), non ha per sè che una *præsumptio juris*, e dovrà sostenere gli attacchi degli altri pretendenti (3). All'incontro, se la immissione fu la conseguenza di un giudizio in cui i diritti delle parti vennero discussi e riconosciuti, egli, in confronto di quei contendenti, è difeso dallo scudo della cosa giudicata (4).

Pertanto chi per ottenere il possesso dei beni avesse spiegata la sua qualità d'erede legittimo, e sostenuto questo suo diritto di erede in confronto di contraddittori senz'alcuna riserva, ovvero passando a formare l'inventario avesse ancora raffermata questa sua qualità senz'alcuna riserva, *dovrebbe considerarsi erede puro e semplice, e soggetto a tutti i debiti della successione.*

Pare dunque che sia della più volgare prudenza, in faccia ad un patrimonio mal conosciuto, accettare l'eredità *col benefizio dell'inventario*, sì per gli eredi legittimi che pel testamentari.

Ma qui si può dire comincia la difficoltà, e la ricerca in certo modo si generalizza, stando in vedere *se e quali operazioni e mutazioni radicali possano anche eseguirsi sul patrimonio dopo la dichiarazione d'assenza, e prima del possesso definitivo.*

Noi siamo venuti supponendo un'eredità beneficiata, e possiamo pure supporla carica di passività e perseguitata dai creditori.

L'articolo 28 del Codice civile determina quali siano le facoltà, e quale la misura del godimento del possessore temporaneo. « L'immissione nel possesso temporaneo attribuisce a coloro che la ottengono ed ai loro « successori l'*amministrazione dei beni dell'assente*, il diritto di promuoverne in giudizio » le ragioni *e il godimento delle rendite dei » beni dell'assente, nei limiti stabiliti in appresso* » (articoli 30 e 31).

L'articolo 28 autorizza il possessore *a promuovere in giudizio le ragioni dell'assente*, come un curatore, come un utile gestore, a

---

(1) L'articolo 36 dice: *Il tribunale pronuncia la immissione nel possesso definitivo* (del possessore attuale), *e dichiara sciolte le cauzioni*, ecc.

(2) Il possesso definitivo si pronunzia con sentenza in udienza pubblica, contraddittore il pubblico ministero (Duranton, num. 501).

(3) Anche indipendentemente dalla combinazione prefissa dall'articolo 41 del Codice civile.

(4) Resta sempre possibile quello spostamento di rapporti giuridici che prevede il citato articolo 41, mentre se venisse a provarsi il *giorno certo della morte*, l'ordine stesso della successione potrebbe notabilmente alterarsi; laddove, non provandosi questo fatto, o non provandosi che quell'uomo ha esistito in un tempo posteriore, *la data della morte si fa presuntivamente risalire al giorno dell'ultima notizia* (art. 26 del Codice civile).

migliorarne la sorte, a difenderne i diritti; ma è ben lontano dall'attribuire al possessore azioni di proprietà *esercibili in proprio nome e nel proprio interesse*, poichè qualunque sia il titolo giuridico che gli ha fatto acquistare il possesso in confronto di altri pretendenti, rispetto però alla persona dell'assente e innanzi al problema della sua morte, egli è sempre e nulla più di un possessore *ad tuendas res*, e rappresentante di lui.

Ma la legge ha pure preveduta la necessità *di alienare* o *ipotecare i beni immobili* dell'assente (articolo 29). Che si richiede? L'autorizzazione giudiziale. Che si tratti di un erede beneficiato o no, torna indifferente; lo stesso curatore giudiziale può essersi trovato in simile necessità. Se il proprietario disparve lasciando i suoi beni sotto pressanti esecuzioni, o la sua amministrazione imbarazzata da debiti d'ogni maniera, gli si renderà un benefizio, regolando e moderando le operazioni che occorrono per migliorare la condizione delle cose, e salvare in parte la sostanza abbandonata. La domanda adunque sarà fatta al tribunale; giustificata, e sentito il pubblico ministero, anche per questo si provvederà in camera di consiglio.

Purgato il patrimonio, ridotto a' suoi minimi termini, il possesso delle reliquie salvate dal naufragio continuerà nello stesso possessore che percepirà le rendite, secondo le disposizioni degli articoli 30 o 31 del Codice civile, e le cauzioni potranno essere proporzionalmente ridotte.

Ma possiamo anche fingere il caso che i debiti superino l'attivo della sostanza; che verrà di coloro che sostennero il loro diritto di eredi o legittimi, o testamentari; fecero l'inventario, ma non la dichiarazione proposta dall'articolo 955 del Codice civile, e quindi *sono eredi puri e semplici?*

Ecco un'altra domanda più grave ancora delle precedenti, alla quale però non posso dare che poche parole. *I creditori avranno azione di perseguitare codesti eredi, nel periodo trentennale dell'articolo* 36, *come si trattasse di un'eredità definitivamente acquistata?*

Io non potrei ammetterlo. Il diritto dei creditori non è ancora acquisito; esso è ancora incerto, eventuale; quindi non posseggono azioni personali esercibili contro l'erede presunto, che nulla ha ritratto dai beni dell'assente. È necessario o che la morte dell'assente sia provata, o si verifichi la presunzione legale, i cui requisiti sono determinati nel suddetto articolo del Codice civile. L'incauto possessore che si qualificò erede, e non si provvide dei rimedi legali, ha bensì contratto una obbligazione personale verso i creditori, ma gli stessi creditori che non avevano diritti reali sul patrimonio, devono subire quella condizione di cose, ed aspettare che l'erede sia certo e verificato.

4. *Dell'amministrazione dei beni del condannato a pena criminale.*

L'articolo 1029 del Codice di procedura civile piemontese del 1859, in conformità dell'articolo 989 del precedente, così scriveva: « Le disposizioni del presente titolo relative « all'amministrazione ed immissione provviso« ria nel possesso dei beni dell'assente sono « applicabili ai casi della perdita di diritti ci« vili per condanna criminale ». E più non si legge nel Codice di procedura italiano.

Certamente in quell'articolo si confondevano i diritti civili coi diritti patrimoniali. La immissione nel possesso dei beni non poteva riguardare che questi ultimi. L'articolo 44 del Codice civile albertino indicava le privazioni alle quali soggiaceva il condannato a morte; fra queste, *la perdita del possesso e del godimento di tutti i suoi beni e non può disporre della proprietà dei medesimi.* L'art. 20 del Codice penale, ancora vigente, richiama il suddetto articolo 44, estendendone la penalità ai condannati nei lavori forzati a vita. Quell'articolo è stato abrogato dal nuovo Codice civile. Se non che l'articolo 22 dello stesso Codice penale, parlando dei condannati alla pena dei lavori forzati a tempo e alla reclusione, decreta che *durante la pena sono in istato di interdetto legale*, e ad essi nominarsi un curatore per amministrarne i beni. Queste leggi essendo in vigore, convien ritenere che sebbene abrogato l'articolo 44, persista tuttavia per le pene maggiori quella interdizione che per le minori è conservata. Ragionata e giusta è l'abolizione dell'articolo 1029, mentre nessun rapporto logico, nessuna possibile analogia può ravvisarsi fra la interdizione del condannato e l'amministrazione de' suoi beni con quella vasta trasformazione di diritti che si genera dallo stato di diuturna assenza.

Bisogna tuttavia ritenere sussistente una disposizione simile per quanto concerne il modo di procedere. Il tribunale civile, *in camera di consiglio, col voto del pubblico ministero*, nomina il curatore ai beni del condannato, e rende gli ordini necessari. Il tribunale competente non può essere che quello della precedente residenza o del domicilio dello stesso condannato.

TITOLO IV.

DISPOSIZIONI RELATIVE AL MATRIMONIO, ALL'AUTORIZZAZIONE DELLA DONNA MARITATA, E ALLA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI.

CAPO I.

DEL MATRIMONIO.

Articolo 797.

Per le opposizioni al matrimonio deve osservarsi il procedimento sommario.

Il termine per appellare dalla sentenza del tribunale, che rigetta l'opposizione, è di giorni quindici dalla notificazione di essa.

L'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

Annotazioni.

1. La sezione II, capo I, titolo V, libro I del Codice civile ci narra *le condizioni necessarie per contrarre matrimonio*. Nel capo III è schierata l'*opposizione:* specie di controllo che si aggiunge all'attenta sorveglianza dell'uffizio dello stato civile, e fa emergere quegli ostacoli che sfuggono o non possono percepirsi dai documenti presentati all'uffizio. Anche gli interessi privati sono messi in moto, cospirando ad un fine coll'interesse pubblico, ma è l'interesse pubblico che siede in cima del pensiero del legislatore; quindi l'opposizione è affidata al magistrato (al pubblico ministero, articolo 87 del Codice civile).

Lo Stato ha detto: il matrimonio è cosmopolita; il matrimonio è di diritto naturale, e possono contrarlo cattolici, musulmani, braminici, atei, nulla credenti. Fondamento della società umana, è insieme un gran dovere religioso, ma a tutti gli nomini non detta la stessa coscienza; lo Stato rispetta tutte le convinzioni religiose, non occupandosi di alcuna. O la legislazione matrimoniale è impossibile, o bisogna comporla sotto il punto di vista della società civile. Così si è fatto da noi dopo lunghe lotte e lamenti non ancora cessati di persone pie le quali non veggono che a questo modo si moltiplicano bensì i doveri ma non si elidono; se la legge umana reclama la parte sua, la divina è in pieno possesso della propria, e si svolge in una sfera superiore e indipendente (1).

La legge ha preferito ad ogni altro modo di discussione il contenzioso ordinario. « Ogni « atto d'opposizione, dice l'articolo 88 del Co« dice civile, deve esprimere la qualità che at« tribuisce all'opponente il diritto di farla, le « cause della opposizione, e *contenere l'elezione « del domicilio nel comune ove siede il tribu« nale, nel cui territorio si deve celebrare il « matrimonio* ».

Così impariamo dal Codice civile quale sia il tribunale competente. Sappiamo però dall'articolo 93 che il matrimonio si celebra innanzi all'ufficiale civile *del comune ove uno degli sposi abbia domicilio* o *residenza*. Per

(1) Una delle più stupende dimostrazioni che siano state fatte di questo alto concetto è nella relazione fatta al Senato dal comm. Vigliani. Ne ho discorso a lungo ai §§ 225 e 226 del mio commentario al Codice civile.

altro ci avverte l'articolo 96 cbe *per necessità* o *convenienza* (termini assai lati) il matrimonio può celebrarsi *in un comune diverso*.

2. Perciò il *luogo* della celebrazione del matrimonio è, come dev'essere, rimesso molto facilmente al volere degli sposi, alle oneste vedute delle famiglie, subordinato a quella cbe la legge cbiama con felice vocabolo *convenienza*. Non veggo difatti nel capo VI, fra le cause di *nullità del matrimonio*, annoverarsi la diversità del luogo in cui sia stato celebrato.

Se a quest'effetto la circostanza del luogo non ba troppa importanza, può averne a stabilire la *competenza del tribunale della opposizione*.

Osserviamo primieramente, cbe il luogo della *necessità* o della *convenienza* per un matrimonio *futuro* non può servire a criterio di competenza nè per le parti cbe fanno la opposizione, nè pel tribunale. Non essendo questa che una limitazione, il tribunale, nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio, sarà quello dell'articolo 93.

E qui un altro dubbio. Se preferibilmente debba citarsi avanti il tribunale *del luogo della residenza*. Altro è che sia indifferente per la celebrazione del matrimonio il luogo *del domicilio o della residenza*, perchè, coll'eleggerlo, gli sposi fanno uso di questa libertà, a veruno dannosa; altro è cbe quando *agitur de judicio*, sia lecito citare, in azione personalissima, piuttosto al tribunale del domicilio cbe a quello della residenza, contro la regola di procedura (1).

Io credo dunque doversi preferire il tribunale *della residenza di uno degli sposi*, quando sia conosciuta.

3. *Procedimento.*

Il procedimento *è sommario*. L'intervento del pubblico ministero indispensabile (articolo 346, n. 4). Niuna restrizione alla legge comune, fuor quella dei termini dell'appellazione.

Ma nell'articolo 67 del Codice civile s'incontra una limitazione alla quale il Codice di procedura sembra rimanere estraneo.

Gli ascendenti e, in mancanza di ascendenti, il consiglio di famiglia prestano un consenso, cbe è condizione indispensabile della validità del matrimonio (articoli 63 e seg.). Il rifiuto, generalmente parlando, come cosa negativa, non ha d'uopo di formularsi in un ricorso; onde l'articolo 67 determina: « Contro « il rifiuto di consenso degli ascendenti o del « consiglio di famiglia o di tutela, *il figlio « maggiore d'età può far ricorso alla corte « d'appello*. La stessa facoltà, *nell'interesse « delle figlie* o *del figlio minore*, è attribuita al « pubblico ministero ».

Singolare procedura è questa cbe prescinde dalla giurisdizione ordinaria del tribunale, e fa del rifiuto una specie di decisione autorevole dalla quale s'interpone richiamo alla corte. Vi è certamente qualche alta veduta in questa determinazione della legge. Nella relazione del Vigliani si leggono queste parole: « Fu ravvisato altresì opportuno di deferire « alla corte d'appello, anzichè al tribunale « civile, la cognizione sommaria del richiamo, « a porte chiuse, sentite le sole parti, senza « l'intervento delle parti, sentito pure il pub« blico ministero; e ciò per imprimere mag« gior solennità alla causa, e perchè la su« prema autorità della corte d'appello porge « eziandio ragione a sperare la più facile con« cilIazione delle parti ». Parificare la deliberazione dei genitori ad una sentenza è cosa piena di dignità; evitare lo strascico di due gradi di giurisdizione, prudenza; affidare il delicato giudizio direttamente, esclusivamente alla corte suprema, è l'omaggio reso ad una volontà profondamente rispettabile. Il metodo stesso cbe è prescritto, forma eccezione a tutto il sistema. Udienza (quindi non camera di consiglio); esclusione di difensori, quasi l'arte e l'eloquenza siano temibili in questa specie di contenzione famigliare; intervento del pubblico ministero, che deve portarvi l'elemento della più assoluta e fredda imparzialità; decisione senza motivi, affincbè non si alzi al pubblico il velo del segreto, e quindi nessun sindacato dell'ordine supremo.

4. *Del diritto di opposizione e dei suoi effetti.*

« L'opposizione fatta *da chi ne ha la fa« coltà, per causa ammessa dalla legge*, so« spende la celebrazione del matrimonio (ar« ticolo 90) sino a sentenza passata in giu« dicato, per la quale sia rimossa la opposi« zione ».

L'*opposizione* sospende la celebrazione del matrimonio. Postulato giuridico perfettamente consono al fine. Quale rimedio volete darmi dopo la consumazione del matrimonio che

(1) L'articolo 89 del Codice civile dichiara quali sono le persone da citarsi: « L'atto sarà notificato « nella forma delle citazioni agli sposi e all'ufficiale « dello Stato civile, dinanzi al quale il matrimonio « dev'essere celebrato ».

compensi lo scandalo della sua dissoluzione? Ma la proposizione, di semplice e netta che dovrebb'essere, rimane offuscata da quest'articolo che fa della procedura nel Codice civile, senza che la procedura vi porti schiarimento.

Qui due condizioni sembrano richiedersi all'effetto che la opposizione sia sospensiva: 1° *che sia fatta da chi ne ha la facoltà*; 2° *per causa ammessa dalla legge*. Ma vi è forse qualche cosa di preliminare o, direi, di pregiudiziale in siffatti requisiti della opposizione; o non formano essi il merito e la sostanza della opposizione medesima? Munita di tali numeri, l'opposizione non solo dovrebbe aver effetto sospensivo, ma altresì trionfare e rendere impossibile il matrimonio. La questione sta appunto in ciò; si eccepirà mancare l'azione, la legge invocata non essere applicabile; si vincerà fors'anche con questa eccezione; ebbene s'interporrà appello. Non sarà forse ufficio della corte d'appello il decidere una controversia, che per l'oggetto almeno è gravissima? Vi è dunque della superfluità e della inesattezza nella redazione dell'articolo 80 del Codice civile.

Quella stessa ragione, essere infinitamente meglio che il matrimonio si protragga o s'impedisca, anzichè dopo contratto, si rompa e si dissolva, ci farebbe proclivi a credere che, finchè non fosse definitivamente *rimossa* la opposizione coll'esaurimento di tutti i rimedi legali ordinari e straordinari, non si dovesse permettere il matrimonio. Con questa vista *l'istanza in rivocazione* o *il ricorso in cassazione* sarebbero contro la natura loro sospensivi. Ma le parole della legge *sino a sentenza passata in giudicato, per la quale sia rimossa la esecuzione*, non potrebbero senza violenza tradursi oltre il loro significato che si arresta alla seconda decisione, quando la sentenza non abbia conseguita la stessa efficacia per non essersi interposto appello.

5. *Dell'azione di nullità del matrimonio, e della cosa giudicata.*

In tema generale, respinta per cosa giudicata la opposizione, non potrebbe più dopo il matrimonio riprodursi fra le stesse parti lo stesso merito sotto forma di azione di nullità. Se, per esempio, fu promossa opposizione al matrimonio attesochè le persone che hanno diritto di negare l'assenso, si dichiaravano contrarie per ragioni più o meno plausibili, mentre si faceva contrasto a questo preteso diritto o per la qualità loro, o per altri motivi (articoli 63, 64, 65, 66, 67 del Codice civile), e la corte d'appello decise per la insufficienza del dissenso, gli ascendenti non potrebbero per la stessa causa invocare l'articolo 104 del Codice civile onde annullare il matrimonio.

Se la opposizione al matrimonio fu elevata d'ufficio dal pubblico ministero, e venne respinta, si potrà per lo stesso titolo promuovere azione di nullità del matrimonio?

Il quesito può dar luogo a ricerche e soluzioni separate.

a) Il pubblico ministero è forse il rappresentante di tutti coloro che hanno azione ed interesse di opporsi al matrimonio?

b) O non esisterà cosa giudicata, se anche non sia intervenuta, o almeno citata la parte che potrebbe di poi per la stessa causa provocare la nullità del matrimonio?

c) Vi è mai caso in cui le parti citate o intervenute in giudizio possano per la stessa causa, che non venne accolta in linea di opposizione, muovere azione di nullità?

d) Vi è forse ragione a distinguere fra nullità assolute e relative?

Io non faccio un commento al Codice civile che in questo titolo, nuovo per noi, mi darebbe messe di copiose considerazioni, ma colgo molto parcamente ciò che interessa il mio argomento.

Le cause di *opposizione* (meno quella dell'articolo 57) si traducono in cause di nullità quando è seguito il matrimonio, con quelle modificazioni peraltro che alla saggezza del legislatore furono consigliate da certi fatti consensuali o confermativi. La legge non impone nè tempo, nè termine; chi non ha fatto opposizione, può chiedere la nullità; ma noi ci siamo fatti ad osservare se possa riprodursi sotto forma di nullità quella opposizione che fu inutilmente sperimentata sotto forma di eccezione preventiva; e, in genere parlando, si è risposto negativamente.

Assumendo ora la risposta alle predette quattro ricerche che verrebbero o limitando il principio, o a presentare nuovi aspetti della questione, dove precedere la distinzione *fra nullità assolute e relative*.

E vogliamo misurarla non da considerazioni astratte, ma seguendo i placiti legislativi, che infine corrispondono a ciò che vi ha di più o meno essenziale nell'ordine del giure naturale o sociale.

La legge ce ne dà chiara notizia in questo, che le nullità assolute non ammettono transazioni nè tacite nè espresse: stanno indipendenti da volontà di parti per morbo insanabile e mortale da cui l'associazione matrimoniale è viziata; le quali si riducono alle cause seguenti: 1° la precedenza di altro matrimonio attuale e valido; 2° la parentela ed affinità in

linea retta; 3° la parentela di primo grado fra i collaterali; 4° la parentela spirituale di adottante e di adottato per quanto si estende la proibizione dell'articolo 60 del Codice civile; 5° la condanna criminale per reato d'omicidio volontario commesso, mancato o tentato, nella persona di uno dei coniugi, secondo l'articolo 62. Tutte le altre devono considerarsi *nullità relative*, sanabili col silenzio, col tempo, colle adesioni, e, occorrendo colla dispensa reale (articolo 68).

Nondimeno vi è un confine per ogni cosa nel mondo; le più gravi e formidabili cause di nullità si decidono per cose giudicate, o non sono più proponibili; la cosa giudicata che ne respinge la domanda, dichiarando che la supposta causa di nullità non esiste, soddisfa alle più scrupolose esigenze.

Ma come non vi è cosa giudicata se non concorrono le nozioni indicate nell'articolo 1351 del Codice civile, e potendosi dal pubblico ministero, nell'interesse generale che rappresenta, provocare opposizione al matrimonio (articolo 87 del Codice civile), è da vedersi *se il giudicato in suo contesto proferito faccia stato* quoad omnes (1).

Bisogna andar adagio e distinguere. La legge c'insegna nell'art. 89, che l'atto di opposizione deve notificarsi *nella forma delle citazioni agli sposi* e all'ufficiale dello stato civile. Sono questi i soli e necessari contraddittori nel giudizio di opposizione. Lo sarebbe lo stesso pubblico ministero, se altri fuori di lui promovesse simile giudizio.

Se in confronto degli sposi e del pubblico ministero *è stata decisa la esistenza di un impedimento legale alla celebrazione del matrimonio*, è manifesto che tal giudicato fa stato *quoad omnes*, nè più la questione potrà essere rinnovata da altri che pretendessero dimostrare che l'impedimento non esiste.

Se invece la opposizione non è ammessa, ma è rigettata, allora la posizione giuridica cangia notabilmente.

Io non parlo adesso delle cause di nullità del matrimonio che sono *diverse* da quelle per cui si tentò l'opposizione. Nessuno dubita che in questo caso vi sia pur l'ombra di una cosa giudicata.

Ma supponiamo che si tratti della *causa medesima*. Dirò in generale, che quelli che non furono chiamati e non ebbero parte nel giudizio di opposizione, possono sempre promuovere l'azione di nullità se loro competa. *L'esistenza di un impedimento, togliendo la possibilità del matrimonio, vale per uno come per tutti;* ma la negazione dell'impedimento dichiarata in contesto di alcuni citati, non *afficit* gli altri che non furono citati e che possono riuscire a dimostrare ciò che gli altri non hanno potuto (2).

Aggiungo un'altra novità o specialità della presente combinazione: che persone citate in quel giudizio, nel quale fu rigettata la opposizione, possono, a matrimonio contratto, riassumere la causa in via di azione, non ostando la cosa giudicata: e *sono gli sposi*.

Questa proposizione a me sembra vera, quanto ad altri può sembrare ardita. Mi valga a dimostrazione l'esempio. Il pubblico ministero venne in sospetto che lo sposo promesso fosse legato in matrimonio con altra donna. Promosse il giudizio. Lo sposo si schermì dall'attacco, in guisa che l'istanza ebbe fine contrario, e il matrimonio fu celebrato. Appresso, o pentimento o rimorso che lo muovano, il marito stesso assume di provare che il secondo matrimonio è nullo, oppure la moglie, ora informata dei fatti, ne chiede l'annullamento. Non varrà il dire che esiste in opposto la cosa giudicata. Francamente può sostenersi che non *est eadem persona* quella che oggi assume l'azione e la prova. Il fidanzato, vagheggiando le nozze per una ragione qualunque, combatteva la domanda; maritato, la sua obbiettiva è cangiata; gli è caduta la benda, o sente il bisogno della verità; tanto meno la regiudicata potrebbe opporsi alla moglie ingannata, che non fu in grado di appoggiare lo sforzo del pubblico ministero. Vero è che trattandosi di bigamia e di nullità assoluta, l'ordine sociale, un principio superiore, un diritto imprescrittibile, reclamano la dissoluzione del matrimonio; ma io penso altresì essere sempre libero agli sposi l'esercizio dell'azione di nullità, non sanata, malgrado lo inutile esperimento della opposizione che non può supporsi dallo stesso coniuge provocato anteriormente, poichè dipendeva da lui il non contrarre matrimonio. Vi è sempre un interesse troppo vivo di mora-

(1) Come si dice avvenire nelle cause penali: teoria da noi lungamente discussa nel trattato *Dell'azione penale*. §§ XVI, XVII, XVIII, XIX.

(2) Il pubblico ministero introdusse *opposizione al matrimonio* perchè lo sposo affetto d'infermità di mente era interdetto; il fatto non potè allora concludentemente stabilirsi: lo seguito il consiglio di famiglia ha impugnato il matrimonio (art. 112 del Codice civile), ed ha ottenuto l'annullamento.

lità e d'ordine perchè possa prevalere a tutto questo il rigore giuridico, che del resto non si offende da una condizione di cose che sfugge alla teoria generale della cosa giudicata (1).

È poi evidente che vi hanno cause di nullità che non poterono formar materia di opposizione (V. gli articoli 105 e 107 del Codice civile) (2).

6. Il *tribunale competente* per l'azione di nullità del matrimonio è quello del luogo della residenza, domicilio o dimora.

Articolo 798.

Sopra i ricorsi contro l'uffiziale dello stato civile, nei casi indicati negli articoli 75 e 98 del Codice civile, il tribunale provvede in camera di consiglio.

CAPO II.

DELL'AUTORIZZAZIONE ALLA DONNA MARITATA.

Articolo 799.

La domanda di autorizzazione giudiziale nei casi indicati nell'articolo 136 del Codice civile deve proporsi con ricorso.

Annotazioni.

Il Codice civile dichiara in quali casi l'autorizzazione del marito è richiesta (articoli 134 e 135). Negli studi e nelle discussioni tanto estese e tanto dotte che hanno preparato il Codice italiano, la indipendenza, che potrebbe anche appellarsi l'autonomia della moglie, ha avuto dei propugnatori molto solenni (3). Ma io sono lieto che la idea d'ordine abbia prevalso. « Indipendenza siffatta della moglie, « disse nella relazione al senato l'illustre Vi« gliani, oltre di offendere i diritti della fami« glia, sarebbe contraria: 1° al principio della « protezione che il marito deve alla moglie, e « che sarebbe vana ed illusoria quando non le « potesse impedire di disperdere la sua for« tuna con atti sconsigliati; 2° alla deferenza « che la moglie deve al marito, capo della fa« miglia, più atto per disposizione di natura a « tutelarne gl'interessi e ben dirigere gli atti « più importanti della vita civile; 3° infine a « quella unità e comunione individua di tutte « le cose della vita in cui è riposto il carattere « più essenziale della società dei coniugi. Tale « unità e tale comunione si troverebbero espo« ste a continue e pericolose turbazioni ove « la moglie potesse agire circa i suoi beni in « modo affatto indipendente dal marito ». Rispettiamo l'alto senno di codeste considerazioni. Noi le crediamo perfettamente approvate dall'esperienza. La donna, maggiore di età, è capace; la moglie non perde la sua capacità; ma appunto perchè è moglie subisce una condizione di dipendenza durante quello stato. Vi è di più. Come moglie e come madre assume dei doveri verso la famiglia; il marito, coll'autorizzazione, esercita un diritto che malamente si direbbe *tutorio;* è piuttosto *maritale*, cioè proprio della sua posizione giuridica; inalienabile, perchè, verso la propria famiglia, ha il carattere di un dovere.

Una *sostanziale* ed eloquentissima mutazione ci porta il Codice italiano da quello che il Codice albertino stabiliva in caso non potesse il marito esprimere la sua volontà, per difetto di mente, per età, o altre cause diminuenti la capacità di lui. Secondo quella legis-

(1) Quindi non si potrebbe giammai cotale specialità trarre a conseguenze generali; sarebbe troppo pericoloso l'asserire che, col cangiarsi la obbiettiva dell'interesse, venga meno la identità della cosa giudicata, quantunque ciò possa accadere acquistandosi da una delle parti diritti nuovi e una nuova rappresentanza.

(2) Non allegandosi che *dopo* il matrimonio.

(3) La relazione ministeriale fu combattuta dalla senatoria, relatore il comm. Vigliani.

lazione, comune del resto agli altri Stati più o meno codificati, la moglie era considerata in una condizione abituale d'incapacità; subiva, come quella del marito, la tutela del giudice che gli era surrogato. Oggidì, compartecipazione di diritti, dovere di famiglia, dignità di grado, rivestono di tale facoltà il marito: scaduto egli stesso, impotente di esercitarla, la moglie ritorna nella pienezza della sua libertà: *l'autorizzazione del marito non è più necessaria* (art. 135); nè all'autorità di lui è surrogata quella del magistrato. Ciò deriva logicamente dalla capacità della donna come persona: la capacità si accorda benissimo colla dipendenza, che è concetto d'ordine e di grado; ma la dipendenza cessa quando non vi è più il potere di comandare. Laonde si rivelano le concezioni profondamente diverse delle due legislazioni. L'ultima, com'è di ragione, attesta il proprio progresso, riconciliando la teoria della libertà e dell'ordine. Quindi se il capo di famiglia non è più, so l'ossequio si converte in una santa memoria, la donna si trova costituita, per diritto di natura, nella patria podestà, non acquista improvvisamente, e per un nuovo spirito infuso in lei, quella capacità che non aveva, ma solo l'esercizio più libero, l'esercizio autonomo delle sue facoltà (1).

Altra notevolissima differenza fra le due legislazioni, che il Codice albertino vietava *l'autorizzazione e il consenso in genere, benchè stipulati nel contratto di matrimonio* (art. 136). Per contro il nostro articolo 134, capoverso, scrive: « Il marito può, con atto pubblico, dare « alla moglie l'autorizzazione in genere per « tutti o per alcuni di detti atti (fra i quali di « stare in giudizio), salvo a lui il diritto di re- « vocarla ».

Una terza finalmente, che la proibizione di *stare in giudizio* era assoluta per ogni affare, per ogni debito contratto dalla donna, ed ora è ristretta *a quegli atti* di maggiore importanza che vengono designati nell'articolo 134 del Codice civile (Vedi più avanti le *Aggiunte* a questo titolo e il nostro comm. al Cod. civ.).

Articolo 800.

Il cancelliere presenta immediatamente il ricorso al presidente del tribunale il quale stabilisce il giorno in cui il marito dovrà comparire personalmente davanti il tribunale per esporre i motivi del rifiuto.

Copia del ricorso e del decreto è notificata al marito nella forma delle citazioni, nel termine stabilito dal decreto stesso.

Annotazioni.

1. L'articolo 136 del Codice civile e l'800 e segnenti della procedura ci fanno certi che un *ricorso* (cioè una domanda senza citazione) si porta al tribunale per mezzo del suo presidente; *ma a qual tribunale?* L'art. 990 dell'ultimo Codice di procedura era più esplicito, indicando il *tribunale del luogo di domicilio del marito.*

La dottrina francese, non trovando la guida nella procedura speciale, e dovendo chiederla alla ragione, ritiene, o si tratti di affare stragiudiziale, o di affare giudiziale in cui la moglie è attrice, il tribunale competente essere quello del domicilio personale del marito (Vedi Toullier, tom. II; Carré, questione 2909).

A questo medesimo risultato siamo condotti dalla legislazione presente, con diretta applicazione dell'articolo 90.

2. *Considerazioni sull'articolo* 134 *del Codice civile.*

Le controversie che vanno a proporsi avanti il tribunale civile competente a concedere l'autorizzazione della donna maritata, benchè circoscritte entro la sfera dei dissidi coniugali, riuniscono i più vitali interessi della famiglia: e questo ci rende ragione della nuova sollecitudine che ha posto il legislatore nel sistemare un regolamento che negli altri codici è appena abbozzato.

Limitandoci a qualche tenue cenno sull'ampiezza della materia nel punto di vista giudiziario, osserviamo che il problema può presentarsi in due principalissimi aspetti; *sul diritto dell'autorizzazione; sulla causa* per cui si chiede. È questo l'oggetto esclusivo del magistrato istituito col presente ordinamento.

Del diritto dell'autorizzazione si disputa o

(1) Quelle legislazioni che, come la pontificia, professano il dogma della imbecillità della donna, e dipoi, ispirandosi al concetto giustinianeo, fanno della madre la tutrice de' suoi figli, non possono facilmente difendersi dall'assurdo e dalla contraddizione.

può disputarsi nel senso che il marito possa o debba autorizzare la moglie; ovvero la moglie sia in condizione d'indipendenza. Più avanti diremo come abbia ad intendersi. Si controverte semplicemente *sulla causa* quando il marito, interpellato, rifiuta di autorizzare la moglie: ed allora si sviluppa una questione che versa interamente sulle circostanze del fatto, sulla convenienza, sulla opportunità, sulla ragionevolezza del rifiuto.

Quando si tratta di questioni di tal genere, il cammino della teoria è molto limitato. Ma fermandoci un momento ad esaminare il contenuto dell'articolo 134 del Codice civile, non è senza utilità il por mente alla natura dei diritti sui quali si estende la podestà del marito.

Si comprende che materia dell'*autorizzazione* è quella di cui il marito non ha la proprietà o la comproprietà. I beni dotali, mobili o immobili, possono trasferirsi mediante la costituzione dotale in proprietà del marito nei casi e nei modi fissati dal Codice civile (art. 1401, 1402). Il marito può disporne. Ordinariamente i beni dotali rimangono in proprietà della moglie; il marito gli amministra; ma l'alienazione è vietata, *malgrado il consenso e il concorso di amendue i coniugi* (articolo 1047). Se la dote è di natura che possa alienarsi, in tutto o in parte, amendue i coniugi devono concorrere quali alienanti, ma coll'autorità del tribunale (articolo 1404). Se supponiamo beni caduti nella comunione matrimoniale, il marito può, a titolo oneroso, alienarli (articolo 1438); la moglie non mai, senza che o si sciolga innanzi la comunione, tornando i beni alla loro condizione di parafernali, o col concorso di amendue i coniugi.

Dopo questa rassegna, è facile il concludere, che l'articolo 134 del Codice civile non allude che ai *beni parafernali* pei quali il consenso di vendere o di obbligare suppone il difetto di proprietà nell'autorante.

Esaminando l'articolo precedente abbiamo toccato dei motivi che fanno onore a questa disposizione della legge. Non dobbiamo ripeterci. Ma il còmpito del tribunale sarà molto grave. Portiamovi uno sguardo.

L'articolo 134 contiene due parti ben distinte. Una di esse riguarda operazioni a pura perdita: tali sono il *donare*, il *costituirsi sicurtà*. L'altra accenna a negozi che, a ben condurli, possono tornare proficui, perchè si può alienare con vantaggio: il mutuo, la ipoteca possono essere imposti da condizioni economiche inevitabili a schivare maggiori danni. Se il marito nega per tali qualità di negozi il consenso, al magistrato si aspetta esaminare la ragionevolezza del rifiuto, e per noi non vi è altro ad aggiungere. Per gli altri trattati che abbiamo detto *a pura perdita*, non è verosimile che il marito, ragionando dall'interesse proprio e dai figli, s'induca agevolmente ad approvare. Il marito adunque avrà sempre ragione quando negherà alla moglie il suo consenso ad una gratuita malleveria o ad una donazione. Quale azione avrà la moglie per costringerlo a consentire? in quale diritto potrà fondarsi? cosa mai dovrà decidere il tribunale? E certamente sarà difficile che la moglie possa tirare a sè il tribunale, complice d'una prodigalità. Eppure ragioni non comuni, ma specialissime e straordinariamente gravi, possono anche persuadere il magistrato della ingiustizia o della inumanità del rifiuto. Se la famiglia è ricca; se molto abbondanti sono le sostanze della moglie; se si tratta di dar cauzione per liberare dal carcere un prossimo parente; di premiare una persona da cui si riconoscano grandi benefizi (che non sarebbe veramente una donazione, ma potrebbe disputarsene), il marito potrebbe aver torto nel suo rifiuto (1).

3. *Del tribunale e del procedimento nella ipotesi che sia impugnato nel marito il diritto dell'autorizzazione.*

Siamo ora a vedere il caso in cui la moglie neghi la supposta dipendenza legale del marito; non ripeta da lui il consenso e non ne riconosca il diritto: a qual tribunale deve portarsi la questione? in qual forma giudicarne?

La moglie sostiene di essere separata *per colpa del marito* (art. 535, num. 2 del Codice civile), e il marito sostiene il contrario. Nella prima ipotesi, la moglie non deve piegare il capo al giogo maritale; il marito è decaduto del suo diritto. Vi è della moralità in questa legge; ma vi è anche una feconda materia di liti. È il marito che, prevedente del disegno della moglie, in umore di contraddirla, prende la iniziativa: invia una protesta, fors'anche la pubblica nei giornali affinchè niuno acceda a quel negozio. Se la moglie si accinge a respingère giudizialmente la pretesa, citando il marito, il tribunale competente sarà senza dub-

(1) Esposti i diversi articoli di questo capo II, riproduco le dissertazioni delle precedenti edizioni, ove le idee ricevono un maggiore sviluppo; e posso anche riferirmi alle non brevi mie note agli articoli 131 e 135 del Commentario del Codice civile.

bio quello del luogo ove il marito ha residenza o domicilio. *Ma dovranno ancora osservarsi le forme speciali stabilite in questa parte della procedura?*

Credo doversi rispondere negativamente.

È dell'indole dei procedimenti speciali non applicarsi che alle materie espresse. Metodi eccezionali furono trovati buoni e convenienti per certe questioni, fra certe persone, e non possono estendersi oltre la portata che loro è prefissa. Non si tratta di una *domanda di autorizzazione*, oggetto di un ricorso al presidente del tribunale, da cui nasce un decreto e una citazione a termine designato, secondo il nostro articolo: onde poi si discuterà senza procuratori e con rito il più compendioso. Una controversia in cui si nega la stessa autorità maritale; che involve cognizioni o delle cause della separazione, o dello stato di mente del marito, o della sua posizione in faccia alla legge penale, supera, io credo, le proporzioni che il legislatore aveva divisate scrivendo questo capitolo.

Anche nel caso inverso, se il marito muoverà lite onde far dichiarare il suo diritto di opposizione, o per far annullare il contratto celebrato senza il suo intervento, dovrà sempre adirsi la giurisdizione ordinaria.

4. *Dell'eccezione di nullità nascente dal difetto di autorizzazione.*

Il difetto di autorizzazione non ha mai prodotto che una nullità relativa (Codice napoletano, art. 225; albertino, art. 138; italiano, art. 137). Ne consegue che la eccezione non è *rilevata d'ufficio dal giudice* (corte di Torino, 25 agosto 1858, tom. IX, part. II, pag. 683) (1).

La legge non concede soltanto al marito o ai suoi eredi di oppugnare di nullità il giudizio pel quale non gli fu chiesta la necessaria autorizzazione della moglie, ma a questa eziandio si concede e a' suoi eredi (art. 137 del Codice civile). Non distinguendo la legge, e quindi non essendo luogo a distinguere dal caso in cui la moglie sia convenuta o piuttosto attrice in giudizio, ne segue una combinazione che a primo aspetto può sembrare difficile.

La moglie è attrice, e procede e spinge avanti i suoi atti senza curarsi di autorizzazione (2). Il convenuto non potrebbe, secondo il suddetto articolo 137, trarre il difetto a profitto proprio e giovarsene; mentre al contrario le vie di nullità sono sempre aperte o alla donna e al marito. Se si perde la lite, sarà il più bel rimedio del mondo quello di far annullare tutto il processo, e in ogni caso si va a colpo sicuro. *La moglie non autorizzata non si deve considerare come parte in giudizio* « e « quindi la sentenza che venisse ad emanare « contro di essa, non può mai passare in giu« dicato, ed è sempre aperto l'adito a poterla « impugnare », si è detto in una nostra decisione (Casale, 3 novembre 1863, Bettini). Ciò è vero, e appunto perchè vero, bisogna preoccuparsi di questa condizione di cose per conciliare la legge colla giustizia.

Come il terzo, attore, ha obbligo di provocare l'autorizzazione della donna maritata che si accinge a chiamare in giudizio (3) per non esporre il processo a sicura rovina, così il convenuto può eccepire lo stato d'irregolarità dell'attrice; unico mezzo per sospendere la causa ed evitare la nullità ch'egli può subire, senza poterne di rimando colpire la sua avversaria. Si comprende che il *diritto di eccezione* compensa in lui la mancanza del diritto di azione; perchè non potrebbe *post factum remedium quærere*; perchè tutti gli atti che si vanno facendo *prima della sua formale opposizione* si ritengono validi in danno suo. « Ce n'est plus à lui, insegna il Chau« veau; dans ce cas, *c'est à la femme à se* « *pourvoir devant le tribunal du domicile du* « *mari* » (quest. 2912 bis). Mediante la eccezione, il citato non agisce in nullità, ma difensivamente, *ed all'oggetto di evitarla.*

5. *Perchè la moglie sia liberata dall'autorizzazione maritale in causa di assenza* (art. 135 del Codice civile), *è d'uopo che l'assenza sia dichiarata?*

Io reputo dover bastare l'*assenza presunta* (articolo 21 dello stesso Codice); ossia la impotenza di emettere il consenso *actu*, e colla prontezza che il bisogno richiede.

6. È stato deciso *che la moglie che ha dovuto*

(1) Si troverà qualche altra decisione in senso contrario, il che non impedisce che la verità stia dal lato di quella sopra citata (sentenza d'appello di Torino, 25 agosto 1857, Bettini, p. II, p. 685). E per questo ch'io sono scarso nel citare decisioni, segnalamente di corti d'appello. O sono così concordi che formino una solida e autorevole giurisprudenza, il notorio è ciò che meno interessa, perchè gli uomini dell'arte non potranno ignorare una tale giurisprudenza. O le decisioni sono poche, rav-volte più che non bisogni nel fatto, non perfettamente concordi, e'è sempre del pericolo nel richiamarle quando non si possono sommettere a particolare analisi; quindi preferisco ragionare colla legge e coi principi.

(2) Ricordo ancora che nell'attuale sistema, più favorevole alla libertà, la moglie non ha d'uopo di assentimento che nelle materie indicate dall'articolo 134 del Codice civile.

(3) Vedi appresso, articolo 803.

munirsi dell'autorizzazione del marito non può rinunziare alla lite (Genova, 5 maggio 1856, Bettini, tom. VIII, part. II, pag. 543).

Raccomando all'attenzione questo importante vero, come la conseguenza del diritto di autorizzazione che ne mette in rilievo l'indole e lo scopo giuridico. Il marito, capo della famiglia, è materialmente e moralmente interessato nell'affare. Il consenso da lui prestato dimostrò ch'egli è persuaso di mantenere e ha interesse di appoggiare quei diritti che la moglie assume di far valere, o che sono minacciati dall'avversa pretesa di un terzo; il consenso prestato implica un incarico, un mandato, una ingiunzione di sostenere quei diritti. La moglie quindi non può, senza ulteriore autorizzazione, a quelli rinunziare.

Ma se il marito avesse rifiutato il suo consenso, se non ci fosse di mezzo che la formalità dell'autorizzazione giudiziale, che ne sarebbe allora?

Caso nuovo. Per esser logici convien dire che la donna può accettare la sentenza (1), o anche rinunziare alla lite. E si reputa a ciò autorizzata *dallo stesso rifiuto del marito* che disapprovava la difesa; il rifiuto inchiude l'abbandono del diritto per parte sua.

Articolo 801.

Il tribunale osservate le prescrizioni del capoverso dell'articolo 136 del Codice civile, pronunzia con sentenza sulla domanda di autorizzazione, sentito il ministero pubblico.

La sentenza deve contenere:

1° Il nome, cognome, domicilio, o la residenza delle parti;

2° La menzione sommaria della domanda della moglie e delle risposte del marito, o l'indicazione della data della citazione di lui;

3° La menzione che fu sentito il pubblico ministero;

4° I motivi in fatto e in diritto;

5° Il dispositivo;

6° L'indicazione del giorno, mese, dell'anno e del luogo in cui è pronunziata;

7° La sottoscrizione dei giudici e del cancelliere.

La sentenza è nulla se siasi omesso alcuno dei requisiti indicati nei numeri 2, 3, 4, 5, 6 e 7.

Annotazioni.

Dettando questo regolamento che non ha precedenti negli altri Codici, il legislatore ha mostrato di attribuire al presente istituto una importanza speciale. Si veggono riassunti tutti i requisiti delle sentenze che si proferiscono nei giudizi ordinari (articolo 360) un solo eccettuato, *la menzione del nome e cognome dei procuratori* che non sono ammessi. Si è fatto grazia del primo requisito, *il nome, cognome, domicilio o la residenza delle parti*, la cui omissione non è colpita da espressa sanzione di nullità. Potrà forse immaginarsi una sentenza acefala e nondimeno valida? No davvero; ma per completare il concetto del legislatore dovremo richiamare la disposizione declarativa dell'articolo 145, num. 2.

Osservare le *prescrizioni del capoverso dell'art.* 136 del Cod. civ. vuoi dire *citato il marito e sentito*; dato ch'egli risponda all'invito.

Ma è possibile che si pronunzi una formale sentenza di autorizzazione *senza citazione del marito?* È possibile, se il caso *è d'urgenza*. Il tribunale in qualche rarissimo emergente può prendere sull'atto una risoluzione totalmente affidata alla sua prudenza, anche senza la chiamata del marito (art. 136 del Codice civ.).

Sia pur così: ma si dovrà tuttavia pronunziare una sentenza solenne, quale ci descrive l'art. 801; dovrà notificarsi; vi sarà diritto d'appello, e l'appello sarà sospensivo? E allora dove va a riporsi il caso d'urgenza? Riserbiamo qualche osservazione all'articolo seguente, e diciamo intanto che non si vedrebbe ragione per non proferire una sentenza nella forma prescritta (sin dov'è possibile); in quella sola forma cioè che è prescritta.

(1) Del resto non è scritto in alcuna legge che la moglie, autorizzata a difendersi in una lite, non possa accettare la sentenza che subì contraria, *non appellando*. Solo sarebbe questione se al marito competesse *opposizione di terzo*: il che lo credo.

Articolo 802.

La sentenza non è soggetta a opposizione.

L'appello dalla sentenza che concede autorizzazione si deve proporre nel termine di quindici giorni dalla prolazione di essa, se il marito sia stato presente, e, in difetto, dalla notificazione.

L'appello è proposto in ogni caso con ricorso alla corte, notificato personalmente all'altra parte. Se questa voglia presentare controricorso, deve farlo notificare al procuratore sottoscritto al ricorso nei termini stabiliti dall'art. 148, salvo che il presidente in caso di urgenza abbia stabilito termini minori.

Il ricorso e il controricorso devono depositarsi nella cancelleria della corte nei termini stabiliti dal capoverso precedente. Il cancelliere deve presentare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno in cui la corte pronunzierà in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

1. La sentenza contumaciale ha il valore della contraddittoria: *non è soggetta ad opposizione* (articolo 474 e seg.).

2. Se il marito è presente alla pubblicazione, la sentenza si reputa sufficientemente notificata; e dalla *prolazione* scorrono quindici giorni per appellare. Così il testo.

Ma quelle parole *l'appello della sentenza che* CONCEDE *autorizzazione* fanno chiaro che la moglie non ha diritto di appellare. Il rifiuto del marito che equivale per la dignità ed autorità sua ad una prima sentenza, la conferma del magistrato, hanno dato all'argomento tutta quella soddisfazione che meritava; non si vuol prolungare l'odioso litigio: e mi par bene.

Mentre si procaccia lode il fondo della disposizione, non intendo perchè in fatto di notifica si parli del marito, e non piuttosto della moglie. Se l'appello è diritto esclusivo del marito, a dispetto del cui rifiuto e a danno del cui legittimo interesse si approvò la condotta della moglie che perciò venne autorizzata a fare la donazione, a riscuotere le somme, ecc.; se ciò è vero, come parmi evidente per le parole della legge, sembra ancora che il marito vincitore non avrebbe mestieri di essere notificato, ma invece la notificazione debba eseguirsi alla moglie vittoriosa, dato che il termine di appello decorra dalla notificazione della sentenza. Se ci fosse equivoco o inesattezza nella dizione, alla ragione il correggerlo.

3. L'appello si eseguisce *colla forma del ricorso*, come in cassazione. Alla sua redazione però non è prescritta alcuna norma, quasi avente carattere stragiudiziale. Sappiamo per incidente che *sarà sottoscritto da un procuratore al quale la parte appellata* DEVE *notificare il contro-ricorso*, se le giovi presentarlo. Ma, come in cassazione, la legge non impone espressamente e a pena di nullità la sottoscrizione del procuratore. Questa nullità non potrebbe crearsi, in una procedura specialmente ove tutto il rigore della forma sembra riservato alla redazione della sentenza. Tanto meno s'intenderebbe la necessità di un procuratore sottoscritto al ricorso, quanto il patrocinio si vede escluso, e fors'anche, come ora diremo, il contraddittorio stesso delle parti. S'ignora parimente se questo procuratore debba esser munito di mandato speciale. In ogni modo, in tale oscurità, è impossibile arguire di nullità un ricorso non sottoscritto da procuratore; si conclude che il contro-ricorso sarà notificato al procuratore *quando ci sia*, se no, *personalmente alla parte*, come il ricorso.

È indicato che il ricorso appellatorio deve notificarsi *entro quindici giorni*. Il termine della notifica del controricorso è rimandato alla generalità dell'articolo 148. È abbastanza lungo, e potrebbe superare quello stesso dell'appello, se la moglie, separata dal marito, vivesse in paese lontano. Se non che il presidente, giudice della urgenza, può restringere il termine.

L'appello, si dice, *è interposto con ricorso alla corte*: ma in effetto si porge al presidente per mezzo della cancelleria. Se si tratta di abbreviare il termine, il presidente lo prefigge quanto basti al comodo dell'altra parte; e il decreto sarà notificato col ricorso.

4. Sul contraddittorio delle parti può nascer dubbio. L'ultimo capoverso dell'art. 802

non parla che di *camera di consiglio*, non ordina altra udizione che del *pubblico ministero*. Che le parti non siano ammesse a dedurre ragioni, sembra cosa dura e non consueta ai nostri ordini giudiziari; ma primieramente la legge ha detto quello che voleva dire. Si aggiunge la regola dell'articolo 778, num. 2. Si osserva inoltre che in primo grado è ammesso il marito ad *esporre i motivi del rifiuto;* ma egli solo, e non si trova che la stessa facoltà d'intervento abbia la moglie (articolo 802). Difatti la sentenza non fa menzione che della *domanda della moglie* e delle *risposte del marito:* s'intende la prima scritta, le seconde orali. Ma lo stesso bisogno non si ripete in appello, o almeno così si crede. Quanto agli atti o documenti da produrre, e possono esser molti e gravi, è affatto semplice che, in nome del proprio interesse, sarà cura delle parti il produrli.

Il presidente *stabilisce il giorno in cui si pronunzierà*, non quello in cui l'affare sarà trattato. Invero non importa molto; il pubblico ministero è il solo sentito. Niuna intimazione alle parti.

Ma la sentenza che la corte pronunzierà è forse modellata in ogni sua parte sul regolamento dell'articolo 801? Io non ne dubito. Non tanto perchè la sentenza d'appello deve mantenere i caratteri estrinseci che quella di primo grado, per una legge generale a tutti i giudizi, ma perchè contro tale sentenza è ammesso il ricorso in cassazione, come diremo all'articolo 805.

Articolo 803.

L'autorizzazione maritale si reputa concessa alla moglie per stare in giudizio come convenuta, se il marito citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisca, o, comparendo, non dichiari nel termine stabilito per rispondere di ricusare l'autorizzazione.

Se il marito, comparendo, dichiari di non voler autorizzare la moglie, l'autorizzazione è accordata dalla stessa autorità giudiziaria davanti cui la moglie fu convenuta, anche colla sentenza che pronunzia nel merito.

Annotazioni.

1. La posizione giuridica della moglie *attrice* o della moglie *convenuta*, anche nei rapporti della dipendenza maritale, è molto diversa. I dottori francesi, e con essi la giurisprudenza, ci hanno prevenuti. « L'autorisation, quand la femme est défenderesse, n'est « plus qu'une simple formalité, et qu'enlever « aux juges saisis de la contestation le pou- « voir de l'ordonner, serait multiplier inutile- « ment et prolonger une procédure sans im- « portance » (Chauveau in Carré, q. 2910 *bis*).

Non è superfluo trascrivere anche un breve passo di Berlier, molto più vicino alla fonte legislativa, e parte di quelle discussioni onde si compose il Codice del 1807, il quale ne dà una ragione anche migliore. « Dans ce cas « l'action de demandeur ne peut-être subor- « donné à la volonté du mari, ni paralisée par « elle... l'autorisation n'est en ce qui regarde « l'action du tierce demandeur qu'une simple « formalité que la justice supplée quand le « mari la refuse ».

2. Poniamo intanto che il procacciare alla moglie l'autorizzazione maritale è cura ed obbligo dell'attore, come si è notato nel commento all'articolo 800, num. 4 (Carré e Chauveau, quest. 2911; Dalloz, tom. VII, p. 686). L'attore non ha mestieri di consultare altra legge che quella del proprio interesse; s'egli vuol assicurare la sorte del proprio processo, se non vuole vedersi strappata di mano la palma della vittoria, dovrà ben farlo.

Non è questione seria, benchè sia già stata fatta, se l'attore possa riparare alla omissione, regolarizzando la sua posizione *in tempo posteriore*, a giudizio inoltrato. È principio sicuro che tutti gli atti praticati in contesto della moglie non autorizzata, quando debba esserlo, sono nulli (rispetto a lei ed al marito), onde l'infetta radice bisogna tagliarla; bisogna cioè ricominciare da capo.

Nè perciò vuol dirsi con qualche scrittore che l'*autorizzazione della donna maritata* è d'ordine pubblico. È tanto poco d'ordine pubblico, che non può sollevarsi d'ufficio (V. le *Annotazioni* al num. 4 dell'articolo 800). Le leggi, specialmente personali e famigliari contengono più o meno elementi, la cui conservazione interessa l'ordine pubblico: ma se all'ordine pubblico *non sono totalmente necessari*, rientrano, per l'effetto, nella sfera dell'interesse privato, nel cui nome soltanto può

opporsene la violazione. E siamo appunto in questo caso. Conseguenza notevole io deduco, che se il difetto di autorizzazione non fosse proposto nel corso dei giudizi di merito, o non si preferisse di proporre per via di azione l'annullamento dei giudizi, non potrebbe prodursi *ex novo* in cassazione (1).

Or ora vedremo come il concetto logico della ratifica possa coordinarsi al principio della nullità assoluta.

3. È consiglio dei pratici che ove la moglie ha bisogno dell'autorizzazione maritale, si citi anche il marito. La citazione del marito è mal indicata dalla ragione per deferenza a quell'interesse che è in lui la causa giuridica del diritto di autorizzazione. Il nostro articolo 803 suppone che il giudizio sia stato così istituito. Più volte giudicarono le nostre corti che l'autorizzazione può anch'essere di fatto, tacita, presunta (corte di Nizza, 29 marzo 1851, Bettini, tom. II, pag. 343; di Torino, 28 aprile 1849, *Gazzetta dei tribunali*, p. 254; di Casale, 14 marzo 1855, Bettini, tom. II, pag. 450). La legge ce ne porge un esempio autentico nel primo periodo dell'articolo 803, che non esclude altri casi di espressa o congetturale e presunta approvazione.

Ma il marito comparisce e francamente dichiara *di non voler autorizzare la moglie* a stare in giudizio. È ciò che prevede il capoverso dell'articolo.

Osserviamo che la ricusa potrebb'essere motivata per ammessa e confessata mancanza di diritto. Il tribunale esamina se l'autorizzazione sia necessaria. La moglie stessa può respingere il preteso diritto: abbiamo accennato all'eveniente di una donna separata di corpo la quale sostiene di esserlo *per colpa del marito*, per conseguenza teoersi libera da qualunque dipendenza nelle sue sostanze parafernali. Allora di mezzo a una questione principale, ne sorge una subalterna fra marito e moglie, nella quale l'attore può rimanersi semplice spettatore, rimettendosi, come suol dirsi, alla saviezza del tribunale; o può anche allearsi col marito nell'interesse di una maggior guarentigia.

Qui la moglie si ribella, in certo modo, alla supremazia del marito, e pianta nel mezzo di una lite: che ha tutt'altro oggetto, una gravissima controversia coniugale. Voi vedete che la nostra previdenza si trasporta fuori dei termini letterali dell'articolo 803, il quale articolo non ha altra veduta che *quella del marito ricusante*, e non si occupa dei ben diverso caso della opposizione della moglie che si professa indipendente.

Nondimeno è sempre un incidente della lite promossa dal terzo; un incidente che interessa la regolarità del suo giudizio, e tuttavolta nei rapporti dei due coniugi ha una capitale importanza.

Portati dall'ordine delle idee in questo esame, si rivela una vera difficoltà; difficoltà che non è di momento ove il tribunale competente per la causa principale lo sarebbe eziandio direttamente in una tale questione di relazione matrimoniale, ma che diventa grave ove il tribunale non fosse in via d'azione competente, come un tribunale di commercio.

Bisogna delibare di passaggio la teoria della competenza commerciale in ordine agli incidenti che sorgono in occasione di una causa di commercio, ma dipendono dalla legge civile. Vi è un principio che bisogna tener fermo quanto è possibile per l'ordine ed economia dei giudizi: il magistrato investito della causa principale essere investito anche della cognizione dell'eccezione, *le juge de l'action est juge de l'exception* (2), sebbene le limitazioni rispetto alla giurisdizione commerciale non siano infrequenti: tema delicato e forse non abbastanza chiarito. Meno che altri noi possiamo approfondirlo mentre ci si presenta di fianco e per occasione, e venendo a dirittura al soggetto, troviamo la questione accennata dal Despreaux in questi termini: On a élevé la « question de savoir si quand une femme est « assignée conjointement avec son mari, le« quel ne comparaît pas par insouciance ou « autrement, et qui n'a pas non plus donné « d'autorisation à sa femme pour se défendre, « celle-ci doit aller demander l'autorisation « supplétive au tribunal civil... mais la juris« prudence est maintenant fixé en ce sens « que le tribunal de commerce peut donner « l'autorisation à la femme défenderesse » (*De la jurisdiction commerciale*, num. 55). Ma il valente scrittore non ci mette innanzi che la questione semplice, mentre noi ne fingiamo una complessa e più scabra.

Se non che l'altro passaggio dello stesso autore che veniamo a citare, tocca più da vicino il nostro quesito. Dopo aver parlato dello stato

(1) Ma potrebbe proporsi lo appello, non considerandosi *domanda nuova*, mentre appartiene all'ordine delle eccezioni.

(2) « Cui judicatio data est ea quoque concessa esse videtur, sine quibus jurisdictio explicari non potest » (Leg. 2, Dig. de jurisd. omn. jud.).

delle persone, del minore, del figlio emancipato, pnne questo insegnamento: che il tribunale di commercio è competente a conoscere della minorità e della emancipazione storicamente, e in quanto risulta dai documenti che gli si presentano; ma la sua competenza vien meno quando il minore impugna come nulli quegli atti onde risulterebbe la sua autorizzazione, di maniera che a giudicarne è d'uopo conoscere della facoltà del giudice autorante che si pretende incompetente, o della forma che si dica violata, o di altri vizi che dipendono dall'applicazione *della legge civile* come oggetto e quale materia di un giudizio principale. « Il en sera de même, dice Despreaux, » *quand il s'agira de savoir si une femme est* « *en puissance du mari*. Ce fait résultant du » contrat du mariage qu'on peut représenter » est de la compétence du juge consul. Mais « s'il s'élevait une question de validité ou » d'identité, il *devrait surseoir à statuer jus-* « *que après la décision d'un tribunal civil* » (num. 53).

Veniamo a noi. Può forse dal seno delle leggi che regolano la competenza trarsi un principio sicuro e normale? La legge di commercio scrive una limitazione ove si tratti di *controversie riguardanti la qualità ereditaria* (articolo 723), ma di ogni altra questione incidente, che valica il subbietto commerciale, necessario però a decidersi per la risoluzione del merito, silenzio prudente: silenzio che non potrebbe rompersi senza dettare una teoria scientifica, senza imporsi alla giurisprudenza e a' suoi moltiplici svolgimenti, e pregiudicare cento questioni che non si possono prevedere. Ciò potevano fare le leggi romane, che presentavano d'ordinario i criteri della giurisprudenza e sviluppi pratici; ciò non possono fare i codici moderni colle loro formole, dai seguaci della scuola storica perciò chiamate impotenti. Insomma io penso che *il tribunale di commercio sia radicalmente competente a conoscere del diritto dell'autorizzazione maritale*, il che non esclude potere e dovere anzi sospendere la cognizione, e rimettersene al tribunale civile ove la controversia si presenti grave, difficile, indaginosa; o tale che imponga di pronunciare la nullità di atti e documenti essenzialmente civili (V. le annot. al commer.).

Se non si contrasta del diritto d'autorizzazione, della podestà maritale e di simili questioni suscitate dalla moglie contro il marito: se si tratta invece di chiedere l'autorizzazione, *stante il rifiuto* del marito a prestarla, il caso è nella portata del nostro articolo e di soluzione molto più agevole, benchè possa non essere privo d'importanza pel marito che ripugna, per esempio, ad una lite ingiusta, insostenibile, dannosa al comune interesse, e nondimeno non può forzare la moglie a desistere.

Io dico, conchiudendo, che il tribunale a cui è portata da un terzo una causa contro la donna maritata non conosce dell'incidente dell'autorizzazione soltanto perchè *sia formalità materiale e senza veruna importanza*, come dicono in coro i pratici francesi, ma perchè sta in principio che il tribunale dell'azione è pure il tribunale dell'eccezione, avendo noi potuto scorgere che controversie di molto rilievo possono suscitarsi.

4. *L'autorizzazione può accordarsi anche colla sentenza che pronunzia sul merito*. Questa decisione del legislatore cessando i dubbi della giurisprudenza (1), previene le questioni di annullamento. L'atto dell'autorizzazione giudiziaria posteriore, non risultante che dalla sentenza che definisce il merito, inchiude la ratifica degli atti, che sarebbero altrimenti nulli; ma bisogna rammentare che trattasi di *nullità relativa*, e non di *nullità assoluta*, quindi la ratifica è operativa. Si avverta però che questa legge suppone da un lato la domanda dell'attore (2), dall'altro suppone che la moglie o il marito non abbia eccepito della nullità degli atti, se prima di domandare l'autorizzazione se ne fossero fatti. La concessione pronunziata nella sentenza si ricongiunge al tempo della domanda, e copre tutto il processo.

L'autorizzazione giudiziaria (3) chiesta ed ottenuta *dopo il primo giudizio*, in appello non produce forse alcun effetto?

Distinguiamo. Se l'attore all'ingresso della lite e tempestivamente fece la sua istanza e il tribunale non rispose, la sentenza può essere appellata ed annullata. Se non fece istanza che in appello, non potrà difendersi dall'azione od eccezione di nullità che fosse per sollevarsi dagli interessati.

---

(1) La corte di Torino, con sentenza del 12 gennaio 1850 (Bettini, part. II, pag. 683), disse che l'autorizzazione poteva accordarsi anche colla sentenza definitiva: in seguito altre sentenze in contrario (corte di Genova, 21 dicembre 1853, 21 gennaio 1860).

(2) Non accordandosi d'ufficio.

(3) Sulla volontaria, vedi le Annot. seg. in fine.

Articolo 804.

Quando la moglie sia minore di età, se l'autorizzazione giudiziale sia concessa perchè ricusata dal marito, o per esservi opposizione d'interessi, l'autorità giudiziaria deve nominarle un curatore speciale per assisterla nel giudizio o nell'atto per il quale sia stata autorizzata.

Annotazioni.

La moglie minore ha d'uopo di un rappresentante in giudizio; se il marito è maggiore e conviene, egli è il rappresentante; se ricusa, si deve nominare un curatore.

Il marito conviene, *ma vi è opposizione d'interessi;* non può rappresentare la moglie. La cognizione di questo fatto è indubbiamente nelle facoltà del giudice o tribunale *avanti cui i coniugi sono citati* (1). Se la moglie è maggiore, e vi sia opposizione d'interessi, non destinandosi curatore, l'autorizzazione giudiziale è necessaria, avendosi quella del marito come non prestata. Ciò accade quasi sempre nei giudizi d'ordine (graduatorie), in cui la moglie suol concorrere in qualità di creditrice.

Qualche difficoltà vi potrà essere nel modo d'istituire il giudizio. Forse l'azione è diretta in guisa che facile si scorge la discordanza degli interessi. Spetta all'attore il premunirsi immediatamente colla domanda del curatore, o dell'autorizzazione giudiziale. L'opposizione d'interessi, non apparente da principio, può rilevarsi nel corso della procedura; l'attore non sarebbe redarguibile di non avere premessa la domanda, e in tale stato di cose gli atti precedenti non potrebboro dichiararsi nulli.

In qualunque stadio o grado della lite il marito accordasse l'autorizzazione, sanerebbe ogni nullità incorsa dall'attore.

Articolo 805.

Quando la moglie sia autorizzata dal marito, o giudizialmente, a stare in giudizio, non è necessaria una nuova autorizzazione per proseguire il giudizio medesimo nei procedimenti di opposizione, di appellazione, di rivocazione e di cassazione.

Annotazioni.

Vedi anche il capoverso dell'articolo 134 del Codice civile.

Dell'autorizzazione maritale.

(Aggiunta della 2a ediz.).

I.

Dell'indole generale di questo istituto.

Il più delicato se non il maggior problema che si trovarono innanzi i legislatori dal Codice civile, fu di stabilire la condizione giuridica della donna secondo il portato dei tempi. Non offre alcun ammaestramento la storia, anzi essa è giunta sino a noi piena di ambagi e di contraddizioni; e consultando le opinioni recenti, quasi rappresentino la ragione matura di un mondo già vecchio, raro è che non s'incontrino partiti estremi, quali intesi a mantenere la donna in una soggezione che sembra essere il retaggio della sua natura, quali auguranti quella che chiamano *la emancipazione della donna* con ogni libertà civile e politica.

La donna fuori del matrimonio e la donna nel matrimonio, rileva due lati assai differenti dello stesso problema. Il primo si presentò più semplice ai riformatori della legislazione, più complesso il secondo, e in mezzo a tanta

(1) Ove all'incontro fossero attori, sulla eccezione del convenuto dovrebbero provvedersi avanti il tribunale civile a termini dell'articolo 136 del Codice civile.

luce della scienza è confessato ancora difficile. Dignità morale, libertà giuridica della donna, suonano su tutte le bocche, sono nelle convinzioni di tutti; ma indipendenza è forse la stessa cosa? Soggezione e libertà giuridica possono forse accordarsi?

Mi si permetta di allargarmi un poco dal mio tema e di entrare in qualche considerazione superiore, facendomi la via con alcune reminiscenze storiche.

Benchè assai differenti le forme del problema, come lo diceva, egli è vero nondimeno che a determinare la posizione giuridica della donna nello stato di matrimonio può, sopra ogni cosa, il concetto che il legislatore si forma della sua naturale dignità, della sua mentale capacità, del suo valore sociale. Scorsero tempi oscuri per la donna, nei quali ognuno di questi attributi le venne negato. È destinata a vegetare nell'ufficio dei figliuoli e della famiglia, mancò di ogni personalità giuridica, nè fu considerata quale soggetto di diritti. Nell'antichissimo costume romano la donna che viveva nella tutela agnatizia vi restava col matrimonio; o, in virtù della *manus*, passava nel dominio del marito, giogo anche più severo e più assoluto. Ha detto benissimo uno scrittore, la personalità della moglie era involuta in quella del *vir*, e in essa si confondeva perchè la servitù della persona è la negazione non solo di ogni diritto patrimoniale, ma ezlandio di ogni diritto umano.

Alcuno ha osservato che la causa di questa piuttosto servitù che soggezione della moglie fosse l'*interesse economico;* proposizione che non può accettarsi per vera se non in senso assai lato, e quindi improprio. Vedremo più sotto che l'*interesse del marito*, ritenuto come causa della sua superiorità giuridica, può conciliarsi con disposizioni miti o ricevute in epoche civili. Una delle cause storiche della sociale inferiorità della donna deve assegnarsi alla costituzione politica dei vari paesi: causa principale, assorbente, in cui altre minori che hanno potuto altrove rilevarsi come determinative, vengono a perdersi. Dappertutto ove la forza ha avuto un culto esagerato, l'abbiezione della donna ne è derivata come una conseguenza. Ma, in veruna civiltà, esempio di vera e propria servitù della persona non abbiamo che in quella età primitiva quando il dispotismo del capo della famiglia era organato nell'interesse dello Stato. Non è dire, se disciolto, anzi spezzato, quel nodo preternaturale e deforme dal progresso della civiltà, si cadesse nell'eccesso opposto. La istituzione *della dote*, carattere del *matrimonio libero*, era il temperamento civile che inaugurando la personalità della moglie, bene adoperato, poteva condurre la famiglia a ricomporsi sulle basi del diritto. Ma la sua sistemazione è frutto di tempi assai posteriori. Intanto, accomunato il divorzio, la famiglia andò dispersa in quella corruzione generale che caratterizza l'ultima età della repubblica e i primi secoli dell'impero. La vitalità civile della donna diventò esuberante e scompigliata. Altri acutamente avvertì che il senato-consulto Vellelano, emanato sotto il regno di Claudio, non fu che una restrizione, un freno (debole invero) alle prodigalità muliebri. Molto prima d'allora, non avrebbe avuto senso. Non possiamo questa assegnare come un'epoca di diritto, del quale in fondo mancò la coscienza. Ma lo spirito del cristianesimo veniva penetrando nella legislazione, e buon tempo prima di arrivare a Giustiniano, la donna era risorta ad una condizione giuridica non goduta innanzi.

Nella seconda èra la soggezione della donna, benchè fluente dal signoreggiare di una grande idea politica, non si adima sino alla servitù; è civile anzichè naturale. Due momenti storici potrebbero intorno a ciò ravvisarsi: quello in cui trionfò il diritto germanico, e quello del feudalismo.

Nel costume germanico la donna non possiede l'attività del diritto, ma la sua persona è base di diritti e si distingue da quella del marito. Non possiede l'attività del diritto. Il *mundeburdio* è la sua condizione abituale; il *mundualdo*, o tutore legale che le è assegnato, è insieme il suo fidelussore politico. Dalla tutela del parenti passa col suoi beni a quella del marito; al *mundium* dello stesso marito. Egli ha un forte potere sulla persona della moglie sino ad infiggerle le pene più gravi, ma quanto differisce un tale carattere del dispotismo senza limiti del *pater familias!* Il suo potere è disciplinare; la legge glielo ha confidato come un sacerdozio; è un magistrato domestico che per un abito di giustizia proprio della sua nazione, non è mai disposto ad abusare della sua autorità. Ma intanto la donna conserva la proprietà dei suoi beni, e quindi è rivestita di diritti suoi personali, benchè senz'autorizzazione del marito non possa alienarli. Dote essa non reca al marito, ma la riceve; doni al padre di lei, prezzo del *mundium*, doni quali si conveniva alla indole guerresca di questi popoli. E in quella perpetua soggezione civile, la donna forte, virtuosa, eroica, ispira rispetto, ammirazione, ed è pressochè onorata di un culto religioso.

In un altro periodo storico, più notevole

ancora perchè più generale, la idea politica, sovvertendo l'intimo concetto della famiglia, modifica potentemente la condizione della donna. È l'epoca della feudalità. L'ordine legale cede alla prepotenza individuale; in ogni parte si elevano dominii indipendenti e centri di azione sino a minacciare la potenza dello Stato: ogni libertà isterilisce intorno a questi poteri esorbitanti e parassiti; concentrazione di forze è necessaria e cumulo di ricchezze, quindi primogeniture potenti; ai fratelli secondi basta una spada, alle sorelle un convento. Quando il feudalismo guerriero è cessato, subentra, continuando le sue tradizioni fuori dell'arena politica, quello che potrebbe chiamarsi il feudalismo civile che resiste al risorgere delle libertà municipali e viene ad incontrarsi col torrente della rivoluzione che lo trasporta; tenta ancora di sollevarsi, ma la nuova civiltà finisce di annientarlo. Se il maggiorasco non aveva conservato il vigore dei tempi andati, la mascolinità non aveva perduto terreno, e le femmine erano private della successione non solo per costante volontà dei testatori, ma eziandio in virtù di leggi che si associavano volentieri alle tradizioni agnatizie come sostegni degli Stati e puntelli contro la democrazia che giovava opprimere colla miseria.

Tuttavia se alle femmine era assegnata una parte assai limitata del patrimonio, quanta poteva comprendersi nella dote, esse pativano una esclusione piuttosto cagionata da un interesse economico, che si chiamava lo splendore del casato, che da considerazioni d'altra maniera; ed era poi ufficio della legislazione il collocarle in una posizione più o meno autonoma di diritto secondo lo stato in cui verrebbero a trovarsi.

Può dirsi, se mi è lecito di proseguire ancora per poco questo esame, che nella prima età della quale diedi cenno, la sparizione della individualità muliebre nel capo della famiglia come quella dei figli, è un elemento passivo ma integrante la costituzione dello Stato; che in altri tempi la donna venne sagrificata ad una idea politica alla quale per sua natura non poteva contribuire efficacemente e talvolta era di ostacolo; ma serbò la sua individualità giuridica nella misura dei diritti che le venivano assegnati; e mantenne dignità, e nei tempi eroici della cavalleria ebbe onori ed are. La sua decadenza sociale data dalla feudalità, e fu compita da un protezionismo legale che era lo stigma della incapacità naturale della donna la quale, condannata ad un'assoluta impotenza civile, fu gettata nell'avvilimento (1).

Così si rivela in doppio aspetto, civile e morale, la inferiorità giuridica della donna: per opera della legge. La legge favorisce i maschi e fa alle femmine le parti minori perchè non formano la famiglia; la legge guarda la donna come un essere passionato, debole, volubile, e senza istruzione; e la protegge e difende dai suoi propri errori come il fanciullo e il mentecatto. Perciò la sottomette alla tutela perpetua del magistrato, dichiarandola *ipso jure* incapace di qualunque obbligazione civile.

Il Codice Napoleone, memore della propria origine, diede un gran colpo al pregiudizio della mascolinità, ammettendo le femmine alla pari nelle successioni. Ne rialzò pur anco la morale dignità loro permettendo libere contrattazioni; vero è che aggravò non poco la loro soggezione nel matrimonio, ma ciò riguarda un altro ordine d'idee, come vedremo fra breve. Ma le restaurazioni guastarono più o meno un tale assetto. Si tornò indietro come si doveva. Rinacque il concetto della famiglia forte e ricca, il pensiero aristocratico, il fedecommesso, e le figlie furono restituite alla legittima. Ciò almeno in più Stati d'Italia. Di solito alla privazione del patrimonio si associa la privazione della libertà giuridica. La donna decurtata nei beni, ottiene anche il dispregio dei legislatori; è incapace di natura come per-

(1) Per non parlare delle tante monografie venute in luce in questi dieci anni sulla *Emancipazione della donna*, o sul miglioramento che le leggi devono fare alla sua condizione, testimonio onorevole della pubblica opinione, che non sempre sa tenersi entro giusti confini: mi limito a ricordarne alcune poche, che per temperanza di concetti, per senno pratico, e per un più immediato rapporto colla questione presente, sono meritevoli di menzione.

Prof Gabba, *Condizione giuridica della donna* (Milano 1811, tipi Redaelli).

Avv. Federico Criscuolo, *La donna nella storia del diritto* (Napoli 1867, tipografia Dell'Ancora): lavoro eruditissimo, che dalla prima età del Diritto romano conduce sino al Codice civile italiano.

Cav. Alessandro Righini (*Monitore dei Tribunali*, 1868, pag. 312). Memoria in cui tratta di questo medesimo subbietto.

Avv. Antonio Scotti, *Dell'autorizzazione maritale e giudiziale* (Bologna, tipi Fava e Garagnani), nel quale quel distinto ingegno raccoglie tutto ciò che vi ha d'interessante in questa speciale materia dagli antichi ai moderni tempi, avvia all'esame di questioni importanti, e proferisce giudizi sempre degni di attenzione e di esame anche in quelle parti ove non si possa con lui convenire.

petuo fanciullo: bisogna proteggerla, e una protezione senza limiti, come io rimarcava di sopra, è una patente d'imbecillicità.

Nè per certo a simili risultati rimase estranea la idea politica. Ogni volta che lo Stato crede di avere interesse nell'accumulare la proprietà in poche mani per domare colla povertà il maggior numero, le femmine ne vanno di mezzo come istrumenti inabili alla conservazione dei beni. Abbandonata la legge di natura, e nella distribuzione artificiale dei beni, ferito così il principio della uguaglianza civile, è facile altresì negare il principio della uguaglianza morale e considerare la donna come un essere del tutto inferiore anche negli ordini della intelligenza.

Ai nostri legislatori la opinione pubblica chiedeva, ristabilite questi due principii più o meno offesi dalle legislazioni precedenti, e rimettere la donna nel posto che le conviene nei rapporti della legge e della società. E i legislatori ammisero la donna alle consuccessioni legittime; affermarono la loro capacità civile; resero mite la sacra autorità dei genitori, e loro imposero di essere ragionevoli onde non privare le figlie di una onesta libertà nella scelta del loro stato; accrebbero dignità alla madre di famiglia facendola degna in molti casi dell'uffizio della paternità, e taccio di altri portati della nuova legislazione come già noti; e mi fermo sull'*autorizzazione maritale*.

—

Niuno ignora che il primo progetto del Codice civile, auspice e direttore quell'insigne nomo che è il Pisanelli, allora ministro, non facesse luogo all'*autorizzazione maritale*; la donna, per quanto concerneva i beni propri e non le sue obbligazioni dotali, avevano ad esser libere anche in presenza del matrimonio. Al consiglio della commissione senatoria è dovuta la conservazione di quell'istituto.

Esso si trovò già stabilito nel diritto consuetudinario francese, dal quale lo raccolse il Codice Napoleone, ma limitandone l'applicazione a certi atti civili, certamente considerati i più importanti. Se il marito ricusa, il magistrato può, a ragione veduta, accordare l'autorizzazione. Ogni volta che il marito è inabilitato ad accordarla, per età, interdizione, assenza o condanna, subentra *de jure* l'autorità del magistrato. Non è senza verità ciò che si è detto in questo proposito, che il Codice francese rifece in parte gli onori della tutela giudiziaria sulla donna fragile, povera di spirito e incapace di reggersi da se stessa, non vedendosi altra ragione per dare un surrogato permanente all'autorità del marito che non potesse esercitarsi. Se non che la incapacità non essendo riconosciuta che nella donna maritata, convien dire che tale incapacità non fosse che relativa, in quanto il matrimonio producesse certi vincoli ai quali non si potrebbe altramente soddisfare.

Il legislatore italiano, e ne fanno fede le parole di due fra i più eminenti nostri pubblicisti che ne furono i precursori, s'inspirò alle ragioni intime della famiglia; pensò che dovendo concorrere anche la moglie colle proprie sostanze al benessere di quella, il marito, che n'è il capo, non poteva ritenersi indifferente ed estraneo alla sorte dei di lei patrimonio; che dal dovere che gli correva di prenderne ogni cura, nasceva in lui il diritto d'interloquire autorevolmente nei fatti di alienazione o di obbligazione della moglie quando fossero di una certa gravità: il rispetto dovuto al capo della famiglia non poteva tornare in umiliazione della moglie, e il concorso delle volontà era per conferire all'armonia e alla pace tanto desiderabile fra' coniugi. Ma si è tutelata la moglie da ingiusti o capricciosi rifiuti del marito, col ricorso al giudice.

Ma dove il Codice italiano si scostò dal francese, egli è in ciò, che la donna rientra nella pienezza della sua libertà se il marito si trova in condizione d'inabilità, o sia decaduto dal diritto per propria colpa. Così il giudice surroga il marito potente ed abile ad emettere l'autorizzazione se non vuole prestarla o ingiustamente la ricusa; ma non si riveste della sua autorità e non ne fa le veci quando egli per le suddette cause ne rimane privato. Ancora ne deriva, che non si considera nel marito un'autorità astratta e continua, e per dir così organica nel matrimonio, e quasi costituente la moglie sotto la tutela di lui; ma subordinata, a titolo di concorso e di legittimo ossequio, alla sua ragionevole podestà quando egli è in grado d'esercitarla; fuori di ciò la moglie riprende l'esercizio intero del proprio diritto, e la legge non diffida ch'essa sia per mancare ai suoi doveri di madre, nè che per naturale incapacità sia per nuocere ai propri figli.

Tale è la delicata situazione giuridica che il nostro Codice, di lunga superando tutti quelli che lo hanno preceduto, ha creata in contemplazione dello stato di matrimonio, e del vincolo morale che la moglie assume anche in relazione ai beni suoi propri.

—

II.

Concetto della opposizione d'interesse (articolo 136 del Codice civile, 804 del Codice di procedura civile).

Ora viene una discussione che io reputo grave, sopra due disposizioni conformi del Codice civile e di quello della procedura.

« Se il il marito ricusa l'autorizzazione alla « moglie (dice l'articolo 136 del primo), o *se « trattisi di atti nei quali vi sia opposizione « d'interesse...* sarà necessaria l'autorizzazione « del tribunale civile ». L'articolo 804 della procedura aggiunge ciò che occorre per la forma. Mi permetto di ripeterlo perchè è bene averlo sott'occhio: « Quando la moglie sia mi« nore di età, so l'antorizzazione maritale sia « concessa perchè ricusata dal marito, o *per « esserci opposizione d interessi*, l'autorità giu« diziaria deve nominare nn curatore speciale « per assisterla nel giudizio o nell'atto per il « quale sia stata autorizzata ».

Vi ha *opposizione d'interesse*, senza dubbio, quando gl'interessi dei coniugi sono in conflitto e contrari, e il marito perciò ricusi l'autorizzazione. E dico ricusi l'autorizzazione, e prego di attendere a questo proposto, perciocchè il marito potrebbe accordare l'autorizzazione anche per fatto a sè contrario, nè allora sarebbe d'uopo di ricorrere al giudice. Ma l'art. 136 del Codice civile, che è fondamentale, contempla due casi assai distinti. *Il rifiuto dell'autorizzazione; e se trattasi di atto nel quale siavi opposizione d interesse.* S'intende che il primo dipende dal marito e dalla concordia dei coniugi; il secondo no. Il secondo è un caso che la legge si è riservata, affidandone direttamente la soluzione al magistrato. Si comprenderà, io spero, la importanza di questo riflesso dalle cose che seguono.

Nel mio modo di vedere, *la opposizione d'interesse* è uno stato d'*incompatibilità morale e non soltanto materiale*, involvente il pericolo della moglie *verificabile anche in futuro.* Parmi che questa nozione soddisfaccia compiutamente al problema.

Vi hanno pertanto due idee distinte nella legge sostanziale; e dev'esser così tostochè dopo il fatto che può coprirsi coll'autorizzazione maritale, ne viene un altro che, tolto all'autorità del marito, è affidato immediatamente a quella del giudice. Vi è dunque un momento in cui cessa la confidenza dalla legge, e questo avviene in due casi: 1° quando il marito non esercita più liberamente la sua autorità ma può esser mosso da un interesse personale contrario a quello della moglie; il suo giudizio è sospetto come quello di un magistrato che ha un interesse personale nella causa, e il rifiuto d'autorizzazione si ritiene come la consegnenza dell'interesse proprio che non si trova in rapporto con quello della moglie; 2° quando invece il marito abbia troppo interesse nell'affare, interesse che si mostri quasi assorbente. Persistendo la legge nel credere che la donna maritata, nello stato di convivenza coniugale, abbia mestieri di una protezione (intorno a che mi riserbo qualche riflesso), la legge viene nel giusto timore che in luogo di una protezione essa incontri un serio pericolo, e che l'interesse di lei e quello dei figliuoli possa essere sacrificato all'esigenza di un padrone.

Che io non m'inganni in questo modo di apprezzare lo spirito della disposizione, mi persuade oltre la ragione che è la prima che si presenta all'intuito, anche il seguente passo tratto dalla Relazione che per la commissione senatoria scrisse stupendamente il Vigliani. Dopo avere ricordato che i pareri delle magistrature del regno furono unanimi nel chiedere che l'autorizzazione maritale fosse mantenuta, si dice: « E nel confortarci con un « giudizio tanto grave ed autorevole, ne piace « di aggiungere all'esposte ragioni una pru« dente e sagace osservazione che faceva la « corte di cassazione di Milano in questi ter« mini: — Tolta la necessità di un intervento « tutorio del giudice, *quando si trattasse di « affari in cui il marito avesse interesse*, col « pretesto di emancipare la donna, *la si fa « schiava dei capricci di un marito* scia« lacquatore o speculatore arrischiato. La mo« glie convivente nulla potrà ricusare ad un « marito il quale le domandi d'impegnare i « suoi beni ed il suo nome *quando non abbia « più il riparo della necessità di far esami« nare dal giudice la convenienza dell'impegno.* « Posta al bivio di sacrificare il suo patrimo« nio ed anche l'avvenire dei suoi figli, o di « perder la pace domestica, la moglie si ras« segnerà sempre al sacrificio. — Mossa da « questi motivi (prosegue la relazione) la com« missione non esitava di aggiungere al pro« getto alcune disposizioni le quali stabiliscono « l'autorizzazione maritale e la regolano in « conformità di quanto già trovasi prescritto « nei vigenti codici italiani » (1).

(1) Cioè *in alcuni* dei *vigenti* codici italiani, quali erano quelli di Piemonte, Parma e Modena; nel Lombardo-Veneto la donna era libera; nel Pontificio e nella Toscana, inabile a qualunque contratto

Questo tratto della relazione che determina l'ultimo stato delle idee della commissione e ravviva collo spirito il disposto della legge alla quale manifestamente accenna, mi sembra decisivo. In un processo verbale (2 maggio 1865) s'incontra una *deliberazione* che porge argomento a quelli che pensano diversamente da noi su questo punto. Anche senza osservare che la commissione poteva in seguito modificare le sue idee, o almeno ridurle ad una espressione più esatta di quella che risulti da un processo verbale, come poi si fece nella relazione, prescindendo da ciò, in quelle stesse idee è depositata una distinzione assai utile e vera, come dimostrerò più innanzi. In quella seduta fu osservato e ritenuto dalla commissione — che il marito non sia inibito ad autorizzare la moglie per gli atti concernenti i suoi beni parafernali fuorchè nel solo caso in cui egli abbia *un interesse attuale in opposizione a quello della moglie e non quando vi abbia un interesse uguale*. — La ragione che si adduceva da quel commissario da cui veniva la osservazione, era questa — che non è nè utile nè ragionevole di richiedere un'altra autorizzazione *quando l'atto possa esser utile ad entrambi gli sposi interessati ugualmente*.

Dovendo ora riprendere e sviluppare la mia formola, dico che havvi uno stato d'incompatibilità morale più ancora che materiale, impeditivo in dati casi dell'esercizio del diritto di autorizzazione, esercizio che si trasferisce per lui nell'ufficio del giudice. Non *è solo materiale*, perchè io sono fra quelli che ritengono che *la bilateralità* non costituisca *per se sola* impedimento, non essendovi sempre *opposizione d'interesse* quando in un rapporto, anco d'ordine contrattuale, due persone convengono nel rispettivo loro e distinto interesse. È stata fatta giudiziosamente una ipotesi che coglie nel mio pensiero. Il marito avendo acquistato all'asta pubblica un fondo sul quale la moglie ha ipoteca per un suo credito, se a soddisfarlo le paga una somma ch'essa riceve rilasciandogli atto di cancellazione, converrà ricorrere al giudice quasi ci sia opposizione d'interesse? È noto che la moglie, convivendo col marito, non può riscuoter capitali senz'autorizzazione di lui. Ebbene questo fatto del marito, più eloquente di qualsiasi autorizzazione, non è sufficiente a legittimare la riscossione? È sufficiente, si è risposto: e a mio avviso la risposta è giusta. La commissione direbbe: qui si tratta d'interesse *uguale* non opposto. Io dico che quando un atto è necessario, o quando le parti non usano della loro rispettiva libertà per avvantaggiarsi l'una sull'altra come nei contratti corrispettivi, non si ha opposizione d'interessi nel senso dell'articolo 136 e quindi incompatibilità. Stando in questa sfera di ragionamento, si è detto anche bene che pagando la moglie un debito pel marito, e questi surrogandola nei propri diritti, non occorre incomodare il giudice, e l'atto in tal modo è valido e perfetto. Non è vietato insomma ai coniugi, generalmente parlando, di stipulare fra loro atti bilaterali, come fra tutore e pupillo, essendo in amendue capacità giuridica e personalità distinta.

Ma dal momento che il contratto è libero, e deve discutersi l'alea degl'interessi in guisa che uno dei contraenti guadagna, o almeno può guadagnare ed assestare i propri affari a scapito dell'altro, allora vi ha *opposizione d'interesse;* se il contratto si fa tra marito e moglie, è allora che vien tolto al marito l'arbitrio della situazione e s'interroga il magistrato. La ragione l'ho detta con autorevoli parole. Non è più un giudizio sereno quello del marito; non è più ispirato dall'interesse della famiglia, ma dal proprio. Non si sa in quali circostanze potrà condurre la moglie a prestargli ingenti somme, ad iscrivere delle ipoteche a favore di terzi; in gravi circostanze, e se non l'assiste quel senso di moralità che per lo più si perde nella disgrazia, il marito trascinerà la moglie nella propria rovina.

È ciò che i nostri legislatori hanno preveduto, onde io non debbo insistere maggiormente. Si diede già acre nota alla legislazione francese di non aver avuto a cuore che l'interesse del marito, lasciandogli l'autorità anche quando sorgevano in lui motivi per abusarne. Mentre si è ristabilita la libertà necessaria fra le parti che si obbligano l'una verso l'altra, o l'una per l'altra, si è altresì provveduto alla pace della famiglia. La moglie non ha bisogno d'impegnare col marito una lotta fra le domestiche pareti. Ella è per così dire vincolata alla legalità; il marito conosce ch'egli deve fare i conti col giudice, e giustificare il contratto.

È *incompatibilità morale*, principalmente, io dicava, perchè manca *liceità*, per servirmi

senza l'autorità del giudice. Il richiamo che si fa nelle suddette ultime parole della Relazione, sembra dar ragione a quelli che sostengono che quella frase *opposizione d'interesse* può anche avere una spiegazione in quelle leggi precedenti. Nondimeno credo di mostrare più avanti, che *aver interesse* non sempre equivale *ad opposizione d'interesse*.

di una parola del Rosmini, a siffatti accordi, almeno nel concetto della legge. Si potrebbe dire che una vera opposizione d'interessi non vi ha trattandosi di separazione personale se i coniugi si dividono volontariamente; ma la legge diffida ancora di siffatti accordi, il più forte potrebbe imporre la sua volontà all'altro; quella specie di autorizzazione maritale non è valutata; l'ordine della famiglia reclama l'intervento del magistrato, che si concede nell'articolo 158 del Codice civile.

E siccome si è disputato *se la moglie che si obbliga solidariamente col marito in un affare d'interesse del marito, o anche d'interesse comune, debba riportare l'autorizzazione giudiziale;* dirò pure quello che io sento.

Nel primo evento la moglie contrae una fideiussione a favore del marito nel più largo senso della parola. Si è detto che non vi ha opposizione d'interessi, opposizione *attuale*, potendo anche la moglie trovarvi il proprio conto nel vantaggio che può risentirne lei stessa. La idea di *attualità* ha generata della confusione che procurerò di sgombrare fra poco. Ma la opposizione d'interessi *intrinseca* e *reale*, è pur troppo evidente. Il marito assumendo una speculazione, una impresa, una obbligazione qualunque, o per ottenere una dilazione al pagamento dei suoi debiti, ha bisogno di una sicurtà. La moglie si presta a fargli sicurtà coi suoi beni, per quanto non solidale. Il marito acquista una posizione che non aveva, e la moglie perde quella migliore e più prospera che aveva: e per servire all'interesse del marito, sacrifica l'interesse proprio. Così diciamo di una obbligazione solidale assunta dalla moglie per debiti che solo in parte sono di lei propri, aggravando la condizione dei suoi affari a vantaggio del marito. Il Senato-consulto velleiano ritenne questa fra le più pericolose combinazioni in cui la moglie potrebbe versare sotto la pressione lusinghiera o reverenziale dell'autorità maritale. Vi era una profonda conoscenza dell'umana natura in quel concetto. È insomma, per dirlo in poche parole, il pericolo di simili negoziazioni fatte in famiglia, che la legge provvida vuole scansare col deferirne l'apprezzamento alla decisione imparziale del magistrato: il che non toglie che non possano essere approvate.

Se noi siamo convinti che la legge non vuole evitare che un *pericolo*, siamo chiari altresì sulla questione dell'*attualità* o del danno *verificabile in futuro*. La dualità antitetica, od oppositiva, sorge dal contratto, sorge dalla natura dell'affare in cui il luogo o il vantaggio di una parte è o può essere in danno dell'altra (1); ciò non toglie, come ora diceva, che l'esame della situazione non possa dimostrare che il contratto è utile per amendue le parti, e persino più utile alla moglie che al marito. Questi comprando dalla moglie un podere, forse le accorda il vero e giusto prezzo; forse anche è un buono e vantaggioso contratto per lei. Ammesso che — il criterio misuratore sia la incompatibilità attuale degl'interessi dell'uno con quelli dell'altro — come disse un valente ed operoso giurista, tutto sta ad intendersi su questa *incompatibilità attuale*, poichè la natura della convenzione la mette in atto: la *opposizione* di elementi sostanziali, d'ordinario del genere morale, costituisce la incompatibilità; e quivi esiste nella *natura dell'atto*, e sotto questo aspetto è intrinseca e reale: potrebbe materialmente non esistere. È incompatibile nel marito l'esercizio della sua autorità superiore, della sua magistratura famigliare, quando esso marito è *parte* e discende nel rango dei contraenti. Non può autorizzare autorevolmente la moglie perchè il suo giudizio è interessato. E tutto è detto, quando si dice che in ciò la legge vede *un pericolo*, e della non esistenza di un danno dal lato della moglie non vuole che sia giudice il marito. L'incompatibile *morale* (l'autorizzazione del marito) non è sempre, mi permetto di ripeterlo, l'incompatibile *materiale:* ma questo è il giudizio del magistrato.

Il legislatore non altera con tale economia il titolo di capacità quale la riconosce nella donna maritata. La di lei capacità, rimanendo abituale, ha incontrato dei limiti nella sua posizione di moglie, nel legittimo ossequio verso il marito, nei suoi doveri verso la famiglia. Se lo stato di matrimonio le impone una moderata e giusta soggezione, non deve però crearle un pericolo in una subordinazione esagerata. Non si vuole che sia schiava, giusta la relazione che è della legge il più solenne commento, non si vuole che sia schiava dei capricci di un marito scialacquatore, o speculatore arrischiato. Importante modificazione del predominio maritale e aumento di libertà nella moglie; o piuttosto garanzia della sua libertà nelle più penose traversie domestiche. E il legislatore è logico nel non riabilitarla di

(1) E non quando unico è l'intento e la via come nel mandato: nel quale contratto non è nè contraddizione nè opposizione d'interessi.

tratto a una completa libertà. Sia perchè quella libertà, come si diceva, nelle sue condizioni domestiche è un disfavore anzichè un vantaggio, sia perchè persistendo quelle medesime circostanze giuridiche per le quali la moglie venne assoggettata a un vincolo famigliare, la sua emancipazione immediata e totale non avrebbe avuto ragione di essere, anzi, esaltandone lo spirito, avrebbe potuto farne un ostacolo a quelle transazioni di famiglia nelle quali talvolta anche la moglie devo prestarsi con qualche suo sagrificio; e neppur questo permise il legislator nostro nell'alto avvedimento che gli fa onore.

Ma le applicazioni dei due articoli del Codice civile e del Codice di procedura di cui ci occupiamo, non possono eccedere, io credo, la cerchia della inibizione legale. Dato il principio della capacità della donna come regola, la limitazione per sua natura è tassativa e non può ampliarsi. La leggo ha ritenuto che fuori di quelle tali operazioni o funzioni che ha specificate, non sarebbero a temersi gl'inconvenienti ai quali ha portato rimedio. Adunque il campo è libero, anche alle contrattazioni fra marito e moglie; e quindi è retto insegnamento quello con cui si dice che la moglie, a causa d'esempio, può dare senz'intervento di giudice gli stabili propri in locazione al marito.

Ma sino ai nove anni, altri dirà, per non trapassare in alienazione. A simile rimarco darà appoggio il num. 5 dell'articolo 1932 del Codice civile che obbliga di trascrivere le locazioni che eccedono quella durata. Noi diciamo così spesso che le locazioni a lungo tempo hanno carattere di alienazione come dalla formalità della trascrizione patentemente si dimostra, che un grave dubbio almeno deve sorgere intorno all'applicazione di questo criterio nei rapporti dell'articolo 134 del Codice civile. Si può anche prescindere dal contratto d'affittanza che la moglie faccia col marito per non aggiungere una difficoltà di più, e guardare il latto in se stesso e verso tutt'altra persona, onde si farà luogo al quesito, se occorra l'autorizzazione. Ciò dipende dal conoscere se il vocabolo *alienazione* sia usato nell'articolo 134 in senso proprio, o in un senso lato per comprendervi le quasi alienazioni, o le alienazioni imperfette ed improprie. Due forti osservazioni persuadono di restringere il significato del vocabolo. L'affittanza a lungo tempo *può produrre alcuni effetti* dell'alienazione, ma non è mai l'alienazione il cui segno apodittico è il trasferimento della proprietà e del dominio. In niuna parte dei nostri codici si vedono confuso codeste significazioni. Se tuttavia potesse parer dubbio, si avrebbe a decidere per la libertà, partendo dal principio della capacità che la donna conserva anche nello stato di matrimonio con quelle sole limitazioni che alla legge è piaciuto di determinare. Dopo ciò non occurre osservare, che la trascrizione dell'affitto oltranovennale non ha altro scopo che di avvertire i terzi della sua esistenza affinchè acquistando l'immobile non siano sorpresi da un vincolo che si ritiene diminuirne la utilità. L'affitto che fa la donna dei propri beni o col marito o con altri è certamente soggetto alla stessa norma; ma non perde perciò la sua natura nè diventa alienazione. Si deve quindi concluderne che non è necessaria l'autorizzazione del marito, nè quella del giudice, per simili contratti.

CAPO III.

DELLA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI.

Articolo 806.

Il coniuge che vuol domandare la separazione personale deve esibire alla cancelleria del tribunale competente il suo ricorso, esprimendo i fatti che possono darvi luogo, coi documenti giustificativi.

Il cancelliere deve presentare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno, in cui le parti devono comparire avanti di lui.

Copia del ricorso e del decreto è notificata all'altra parte nei modi prescritti per la citazione, e nel termine stabilito nel decreto.

Annotazioni.

1. *Dissertazione sulla separazione dei beni.* Quantunque la *separazione dei beni*, che in determinate circostanze stabilite dalla legge può aver luogo fra i coniugi, sia un concetto affatto diverso da quello della *separazione personale*, vi ha tuttavia somiglianza in questo che è *una separazione*, quanto dire, sono due specie del genere *scisma coniugale;* modi di divisione di quella che per divine e umane leggi dovrebb'essere, realmente e personalmente, unione indissolubile.

I codici civili, a partire dal napoleonico, si sono occupati dalla separazione reale, di questa *prævisio legis*, che abbraccia con differenti norme il regime dotale, e quello della comunione (articoli 1443, 1449, 1451 del Codice Napoleone). Il Codice civile italiano detta sulla *separazione della dote* dall'art. 1418 al 1424; e negli articoli 1441, 1442 e seg., parla dello scioglimento della comunione. Vi si attaccano regole d'ordine giudiziario in quanto servono a completare il concetto del legislatore; il che però non dispensò in Francia da un apposito ordinamento di procedura, che è nel Titolo VIII, Libro I, Parte II del Codice del 1806. Precedeva quello riguardante la *separazione personale*, onde risultava in certo modo la loro attinenza. Ordinamento relativo non s'incontra nella procedura odierna, e se ne inferisce che la *separazione dei beni* non è governata da legge speciale, ma dal diritto comune.

Le regole di procedura che si trovano nel Codice civile sono le seguenti: *a)* « La separazione della dote pronunziata dall'autorità « giudiziaria non ha effetto, quando *fra sessanta giorni successivi alla sentenza non sia « eseguita mediante atto pubblico*, col reale « soddisfacimento dei diritti spettanti alla moglie, sino alla concorrenza dei beni del marito, od *almeno nel detto termine* non abbia « proposte e proseguite le relative istanze » (articolo 1419); *b)* « Le spese del giudizio di « separazione sono a carico del marito » (ivi); *c)* « Intervento volontario dei creditori del marito nel giudizio » (articolo 1422).

La procedura, come legge sussidiaria della civile, non ebbe in Francia altro scopo che di ampliare le guarentigie dei creditori nella suprema diffidenza da cui si vedeva preoccupato il legislatore, e di aggiungere ostacoli ad ostacoli per ovviare alle frodi. Pareva non saziarsi di manifestazioni e di pubblicazioni (Vedi gli articoli 866 a 873 della procedura francese). Prudente e cauta la nostra legge, e per dir così meno paurosa, adottando cautele sufficienti nel Codice civile, non ha stimato aver bisogno di una succursale nella procedura. Vediamo adunque come si coordini e si costituisca il giudizio.

Il valore della causa determinerà la competenza. La separazione di una piccola dote, inferiore a lire 1500, potrà chiedersi avanti il pretore del luogo ove ha residenza o domicilio il marito coll'azione personale. Se la somma è maggiore e di competenza del tribunale civile, si procederà col metodo formale.

Siamo dunque in pieno diritto comune. Il pubblico ministero non interviene (1), se non in caso gravissimo (e non sarà mai avanti il pretore) in cui la disposizione del capoverso dell'articolo 346 possa aver luogo.

La sentenza della separazione della dote può risolversi e cadere priva di effetto se fra *sessanta giorni* non è eseguita giusta le prescrizioni dell'articolo 1419 del Codice civile, termine che sarà per decorrere dalla notificazione della sentenza al marito e ai creditori intervenuti in causa. La posizione dev'essere definita; una più lunga sospensione non può convenire a una domanda seria; avrebbe sembianza di una collusione; se ne potrebbe abusare a danno dei terzi.

La legge vieta *ogni separazione stragiudiziale*, richiede la solennità di un giudizio, e si affida nella sua, per così dire, naturale pubblicità, mentre non impone comunicazioni di sorta ai creditori. Ai quali però accorda due rimedi, l'uno oppugnativo e l'altro preventivo. Del resto non sono rimedi nuovi. L'uno è l'*opposizione di terzo* (articoli 510 e seg.); l'altro è quello impartito a tutti coloro che hanno interesse (articoli 201 e seg.); e siccome i creditori attuali e certi del marito, o di amendue i coniugi, sono di quella classe a cui è attribuita l'*opposizione di terzo*, come or ora diceva, hanno anche aperta la porta in appello, giusta l'articolo 491.

Teniamo anche conto dell'articolo 1442 del Codice civile. La *comunione dei beni fra' coniugi* è assai moderata, e si direbbe castigata, fra noi che non siamo mai stati partigiani di quella confusione che si chiama in Francia *comunione legale;* onde lo scioglimento può compirsene più facilmente. « Non è permessa altra

(1) Non è invitato da legge speciale: la regola generale del num. 4, articolo 346, non è applicabile al caso di separazione di dote.

« comunione universale di beni, fuorchè quella « degli utili » (articolo 1433 del Codice civile. I prestatori, i mutuanti, vi hanno contato; hanno forse acquistati dei diritti per cessioni o per ipoteca contratta col consentimento dei coniugi, e nei modi legali. La *separazione*, com'è evidente, non influisce per menomare i diritti acquisiti dai terzi. Nondimeno questa specie di trasformazione che va a subire il patrimonio dei coniugi, eccita primieramente e giustamente la preoccupazione del legislatore; e può interessare i terzi, che per lo meno vorranno mettersi in guardia o vegliare l'operazione, sebbene le azioni che hanno acquistate proseguano ad esser esercibili ugualmente contro amendue i coniugi. L'art. 1412 richiama all'osservanza de' tre articoli precedenti: ma io non dubito che sia del pari applicabile la disposizione dell'articolo 1422.

2. *Della relazione che ha quest'ordinamento colle disposizioni del Codice civile.*

La separazione è *necessaria* o *volontaria*. Il Codice civile dall'articolo 148 al 157 discorre della necessaria, che da tre cause è giustificata: 1° violazione dei doveri matrimoniali; 2° condanna criminale; 3° vita nomade e fuggiasca del marito. Sottratta al vago e all'arbitrario del Codice albertino questa gravissima pronunziazione, sottratta al dominio ecclesiastico, e restituita, come di diritto, al potere civile, oggi ha ricevuto quell'assetto che le conviene.

3. *Della moglie d'età minore.*

La moglie non chiederà al marito di essere da lui autorizzata per fargli guerra, ciò è manifesto. In generale, e ritenuta la maggior età della moglie, *vi è bisogno di autorizzazione giudiziale per promuovere un giudizio di separazione personale?*

Nè la giurisprudenza interprete di leggi anteriori e consimili, nè la ragione dedotta dall'art. 134 del Codice civile, ci danno argomento per affermarlo: l'azione di separazione è tanto individuale ed avversativa, quanto per contro il cointeresse del marito e della famiglia è palese nelle transazioni e nelle liti il cui soggetto è determinato dal prefato articolo. Vero è che l'autorizzazione giudiziale è surrogata a quella del marito stante l'opposizione degli interessi, e niun'altra opposizione è più feroce di questa. Ma è d'uopo altresì che la *materia sia abile:* cioè sia di quella tale qualità di cui la moglie non può disporre senza l'autorizzazione del marito. Al quesito adunque si risponde negativamente.

Veniamo alla moglie minore.

Essa dev'essere autorizzata non perchè moglie, ma perchè minore. Dev'esserlo dal tribunale a cui è data questa speciale funzione, e quindi nella forma pure speciale che vi è assegnata? (articolo 799 e seg.). O piuttosto dal consiglio di famiglia? O finalmente dal presidente del tribunale al quale va a presentarsi il ricorso giusta l'articolo 806?

Si nega senza esitazione la prima domanda. Il voto del tribunale è surrogato in quel caso a quello del marito ricusante in quanto *è libero;* in quanto *il rifiuto del marito offre subbietto di esame e di giudizio.* Nulla di ciò in fatto di separazione; il marito negherebbe sempre come avversario dichiarato: il tribunale non potrebbe *surrogarsi a lui* per discernere: la finzione legale della surrogazione non può arrivare sino a questo punto.

Non basta. La nostra questione è puramente quella di rappresentare o coadiuvare una minorenne in giudizio. Si tratta dunque della *di lei tutela*, dell'*interesse di lei*, della protezione che la legge le accorda; al contrario l'oggetto della autorizzazione maritale *è di preservare da pericolo e offesa l'interesse stesso del marito.*

Rispondo negativamente anche al terzo quesito.

In questo però mi allontano dalla giurisprudenza francese, che generalmente attribuisce al *presidente del tribunale* la facoltà di autorizzare la moglie minore a piatire della separazione personale, non avendo punto bisogno di curatore; a tutto basta l'autorizzazione del presidente (Berriat, p. 676, nota 5; Dalloz, tom. II, pag. 902; Merlin, v° *Séparation*, sez. II, § 3. art. 8; Favard de Langlade, tom. V, pag. 102; Chauveau, q. 2932). Gli scrittori si astengono dal ragionare, in ossequio dell'art. 865 dei loro Codice di procedura civile, che riveste il *presidente del tribunale* di quella facoltà, sebbene l'articolo non riguardi che il giudizio di *separazione dei beni.* Si vede da ciò che gli stessi scrittori francesi non hanno un testo preciso su cui fondarsi, ma ricorrono per analogia all'articolo 865, anzichè all'articolo 875, relativo alla materia, e che non parla di autorizzazione (1).

(1) È noto che l'autorizzazione maritale si richiedeva in ogni questione giudiziale che la moglie volesse promuovere contro il marito; ma lo stesso Merlin, che ne discorre, invero leggermente, dice che, in fatto di separazione personale, *sarebbe una contraddizione.*

Resta la proposizione che corrisponde alla seconda domanda, e questa è la vera.

Dice l'articolo 315 del Codice civile al capoverso 2°: « La donna minore maritata ha « per curatore il marito, o il curatore del ma- « rito, se questi sia minore o inabilitato, ed « infine il tutore del marito, se questi sia in- « terdetto. — Qualora sia vedova, ovvero *se-* « *parata di corpo e di beni*, avrà per curatore « il padre o la madre, e *in loro mancanza le* « *sarà nominato un curatore dal consiglio di* « *famiglia* ».

La legge suppone la moglie minorenne già separata dal marito, qui invece si contende per la separazione; certo è però che l'esercizio del diritto tutorio nel marito è paralizzato, se non ancora spento, e che la minore non può stare in giudizio da sè. L'autorità che le manca si dovrà dunque chiedere al *consiglio di famiglia*, che dovrebbe destinarle il tutore o il curatore, se la separazione fosse già avvenuta. I giuristi francesi, come venni osservando superiormente, si tengono legati al disposto dell'articolo 865 della loro procedura; sola ragione che adducono nel dubbio che li agita, non dovendo, com'essi dicono, aggiungere alla legge. Del rimanente a Pigeau che sostiene doversi nominare alla minore un curatore alla lite, rispondono i contrari che in questa ipotesi « il est évident « *qu'il devrait être nommé par le conseil de* « *famille*, *et non point par tribunal* (Chauveau, questione suddetta).

4. Il *tribunale competente* è quello del luogo di residenza o domicilio del marito.

Articolo 807.

Le parti devono comparire personalmente, e non possono farsi assistere da procuratori nè da consulenti.

Se la parte istante non comparisca, la domanda di separazione non ha effetto. Il presidente condanna la parte istante nelle spese verso l'altra parte che sia comparsa. Se questa non comparisca, il presidente può condannarla a pena pecuniaria non maggiore di lire cento, e ordinare altresì che sia nuovamente citata.

Quando la parte non comparsa giustifichi un impedimento legittimo, si revoca la condanna e si stabilisce un altro giorno per la comparizione delle parti.

Articolo 808.

Il presidente deve avanti tutto sentire separatamente l'uno e l'altro coniuge, e fare in seguito ad ambidue le rimostranze che creda atte a riconciliarli.

Se la riconciliazione riesca, il presidente ne fa risultare da processo verbale, che deve contenere l'indicazione dell'anno, del mese e giorno, il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei coniugi, la data del decreto che ordinò la comparizione dei medesimi, le sottoscrizioni dei coniugi, del presidente e del cancelliere.

Se la riconciliazione non riesca, o la parte citata non comparisca, il presidente rimette con decreto le parti avanti il tribunale, e dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, salvo quanto è stabilito dall'articolo precedente.

Annotazioni.

1. Una procedura preliminare è tracciata, interna, famigliare, che circonda la querela matrimoniale delle più prudenti precauzioni; il presidente siede meno qual giudice che pacificatore; solo più tardi, caduta la speranza della riconciliazione, pronuncierà la giustizia.

2. La legge aborre codeste divisioni maritali, confida nel pio ufficio del magistrato; non distingue, e trova per ogni causa la riconciliazione possibile. È vero che una di codeste cause sembra ripugnante alla riconciliazione; par quasi che vi resista qualcosa che può prendere anche colore di pubblica moralità. E sarebbe la *pena criminale* subita da uno dei

coniugi anteriore al matrimonio e ignorata, o posteriore. Scrutando questo soggetto il Pigeau rifletteva che deve a totto bastare la prova della condanna colla sentenza passata in giudicato: ed essere fuori di proposito le pratiche di conciliazione e la chiamata del marito. Con Pigeau vanno Duranton, tom. II, n. 567, e Massol, *De la séparation de corps*, pag. 106. Quest'opinione potrebbe avvalorarsi di un argomento ed è, che i delitti del padre, le pene sofferte, l'infamia che lo segue nel ritiro domestico, sono cattivi esempi, pessimi istrumenti di educazione: la morale pubblica non poter desiderare che tal uomo torni al fianco d'una buona moglie, in mezzo agli innocenti suoi figli. No; io preferisco la morale che insegnano, senza esser teologi, Toullier, Zachariæ, Dalloz e Chauveau. Se si prova che questo padre è venuto a portare in famiglia le sue tristi abitudini; se si prova ch'esso è pietra di scandalo al figliuoli, afflizione e pericolo alla moglie, totto ciò prova di più che una condanna criminale, già espiata. Non è adunque per la condanna criminale, ma per cotali fatti che la domanda della moglie è moralmente giustificata. Ma prima di questo, la fiducia che dobbiamo avere nella virtù emendatrice della pena e nei buoni istinti dell'animo umano, ci fa credere quell'uomo pentito e corretto che ha imparato quanto costi l'esser malvagio. Queste considerazioni sono più che potenti a mostrare, che non mancherà al magistrato la materia di efficaci e sante parole: che una conciliazione è possibile per lo ravvedimento del marito: che ad ogni modo deve tentarsi (1).

2. *Se l'atto di riconciliazione formi ostacolo a una nuova domanda di separazione personale.*

Il Codice Napoleone che ammetteva il divorzio, fatto immensamente più grave, nell'articolo 272 dichiarava *estinta l'azione di divorzio colla conciliazione* (2); ma soggiungeva l'articolo seguente: « Potrà questi nondimeno « (il marito) intentare una nuova azione per « l'evenienza di altra causa dopo la riconcilia- « zione, ed allora potrà far uso delle cause « precedenti per appoggiare la nuova sua do- « manda ». Ciò deve molto più ammettersi in fatto di separazione personale.

Insegna Merlin che in materia di *separazione di beni* « la cosa giudicata non ha fra « coniugi quell'autorità che ha ordinariamente « fra le altre parti »; quindi, respinta una volta la domanda della moglie, può ripetersi con fede di buon successo per nuovi disordini amministrativi del marito; e così fu più volte sentenziato (*Séparation de biens*, sez. II, § 1, num. 11), e n'estende l'applicazione alla *séparation en corps* (*Répert.*, § 3, num. 3). La nostra legge sembra più severa. « La riconcilia- « zione estingue il diritto di chieder la sepa- « razione; essa induce l'abbandono della do- « manda che fosse stata proposta » (art. 153 del Codice civile). Insiste nondimeno la inflessibile ragione delle cose a dire, che la riconciliazione è riparazione delle passate e non delle future offese. Fra le cause determinate dal Codice, una sola, quella dell'articolo 151, è permanente: ma io ho fatto più sopra delle osservazioni che giova ricordare. Se potesse provarsi una formale adesione della moglie a convivere col marito, reduce dal luogo di pena, potrebbe formarsene un *fin de non recevoir* quante volte per la stessa causa domandasse la separazione personale. Ma si pose superiormente in un certo rilievo, che d'ordinario non è la condanna e la pena, ma i loro prodotti nello stato morale del condannato, che si spandono nella famiglia e ne contristano l'esistenza: causa che ricorre in quella che la legge civile considera nell'articolo 150.

3. *Del luogo di abitazione della moglie durante il giudizio di separazione personale.*

L'articolo 878 del Codice di procedura francese previde che la condizione della moglie diventava ben dura in una tal lotta; chè ricondursi nella casa maritale, dove già sopportava i più crudeli trattamenti, equivale ad una condanna: è per lo meno un gran pericolo. « Le « président, dice quell'articolo, autorisera par « la même ordonnance la femme à procéder « sur la demande: *et à se retirer provisoire- « ment dans telle maison dont les parties se- « ront convenues, ou qu'il indiquera d'office;* « il ordonnera que les effets à l'usage jour- « nalier de la femme lui seront remis ». Uno scrupolo, che poi fu trovato eccessivo dalla corte d'appello di Parigi, giustificato dalle riflessioni di Coffiniers nel *Journal des Avoués*, uno scrupolo di convenienza e di moralità, negava al presidente la facoltà di assegnare alla moglie un luogo di dimora fuori del distretto abitato dal marito che aveva diritto alla sor-

(1) Non intendo con questo discorso escludere nella moglie l'azione di separazione pel nudo fatto della condanna criminale; ma dico che vi ha materia di resipiscenza, e quindi di riconciliazione.

(2) Leg. 2, § 3; Leg. 29, §§ 2 e 4; Leg. 15, § 3, Dig. ad Leg. Tulliam de adult.; Leg. 6, § 3, Dig. de his qui not. infamia. Anche intorno a ciò può vedersi il nostro commento al Codice civile.

veglianza di lei e dei figli. Si fece anche questione se l'essersi dalla moglie abbandonata la dimora assegnatale, costituisse *un fin de non reçevoir:* una eccezione alla sua domanda. Ma qual regola può mai indicarsi in contingenze di questa natura? La pratica si rimette alla prudenza del giudice (corte di Bruxelles, 15 luglio 1807; cassazione francese, 27 giugno 1819, ecc.). Pronunciata la separazione personale, cessava a carico della moglie questa specie di domicilio coatto.

La nostra legge ha fatto di meglio: ha detto nell'articolo 808: « Se la riconciliazione non « riesca..... il presidente dà i provvedimenti « temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole » (1). Egli è dunque fornito delle stesse facoltà che attribuisco al presidente la legge francese; ma ne ha delle più estese e conformi al bisogno. Può provvedere a quella più urgente degli alimenti. Nel sistema francese il presidente non ha simile facoltà, e rimette le parti al tribunale: il presidente non può fare neppure un assegnamento alla giornata, e per così dire momentaneo. Ma io credo che nella espressione generica della nostra legge questa facoltà sia contenuta; e non ostare la successiva disposizione dell'art. 810 (V. le Annotazioni relative).

Articolo 809.

La notificazione del decreto che rimette le parti davanti il tribunale si fa soltanto alla parte che non sia stata presente alla pronunziazione di esso, e contiene citazione a comparire.

Annotazioni.

All'atto di notificazione, ove occorra, va unita la citazione nelle solite forme (2). Non si dichiara se il procedimento sarà sommario e a udienza determinata. Lo sarà senza dubbio. Il presidente non più nella sua qualità di conciliatore ma di capo del tribunale, destinerà l'udienza: l'affare sarà subito portato a decisione, ove non si tenesse necessaria la formazione di qualche prova (V. le Annotazioni all'articolo seguente).

Articolo 810.

Il tribunale che pronunzia la separazione determina, occorrendo, il modo con cui i coniugi debbano somministrare gli alimenti, tenuto conto dei motivi della separazione.

Queste disposizioni, e le altre di cui nell'articolo 154 del Codice civile, possono sempre, sull'istanza di una delle parti, essere rivocate o modificate dal tribunale secondo le circostanze.

Annotazioni.

1. *Forma del procedimento.*

a) Le parti possono farsi assistere da procuratori o mandatari?

Il dubbio nasce da quelle parole dell'articolo 807: « Le parti devono comparire personalmente, e non possono farsi assistere da « procuratori nè da consulenti ». Nasce dalla natura della questione delicata e sempre sul pendio dello scandalo. Nasce dal non trovarsi in tutto questo capitolo nè una parola nè un cenno indicativo della necessità, o almeno della facoltà del ministerio procuratorio.

Noi possiamo bene dissimulare la origine francese dei nostri istituti giudiziari, ma il pensiero del legislatore italiano n'è intinto: vi è sempre una tal quale relazione presunta dove non si appalesi una volontà diversa. In Francia non si è trovato niente affatto incompatibile il ministero del causidici in un giudizio di *séparation de corps* o di divorzio. Che ardite, che elevate questioni giuridiche in un giudizio di divorzio! Era credibile che le parti, che non sono altri che i coniugi, avrebbero potuto o, potendo, voluto affrontarle in persona?

(1) Questa parte della procedura non ha riscontro nei precedenti codici piemontesi. Il Codice di procedura delle Due Sicilie, nel Tit. IX del Lib. VII, non fece che appropriarsi le disposizioni del francese.

(2) Se la formola debba contenere anche il nome del procuratore, giusta il num. 6 dell'articolo 134, è da vedersi nelle Annotazioni all'articolo 840.

Tanto più che l'intervento del pubblico ministero promette di trattarle con tutta l'arte e il prestigio degli argomenti legali? Onde diceva l'art. 879 della procedura: « La causa si « istruisce nelle forme stabilite per le altre « domande, e si giudica sentito il pubblico « ministero » (1). E l'articolo 307 del Codice Napoleone, abbracciando nominatamente la causa del divorzio e della separazione personale, dice: « Sarà proposta, attivata e giudi« cata nella stessa guisa che qualunque altra « azione civile ».

Posto pertanto che non si aveva ragione per escludere il ministero dei procuratori, si faceva un'altra domanda:

Se la udienza debba tenersi in pubblico come ogni altra.

Si citavano delle decisioni opposte (per la negativa, la corte di Rouen, 9 novembre 1808; per l'affermativa, la corte d'Angers, 9 dicembre dello stesso anno). La corte di Parigi soleva trattare le questioni di separazione personale in udienza pubblica (V. *Jurisprudence sur la procédure*, tom. II, pag. 382, e tom. III, pag. 291). Cessò la disputa e il dubbio colla ordinanza reale del 16 maggio 1835, che decise per la udienza ordinaria, quanto dire per l'udienza pubblica, ed è già divenuta la consuetudine del fôro francese dopo l'abolizione del divorzio (2).

È mio avviso che il ministero dei procuratori non solo sia ammesso ma necessario: che l'udienza sia non altra che la udienza comune. Alla prima proposizione, quale obbietto si farebbe? Ben lieve. Si direbbe che per l'articolo 807 le parti devono comparire *personalmente* senza assistenza di procuratori e consulenti. Ma dove? Avanti il presidente, nel congresso preliminare, obbligatorio, avanti il magistrato conciliatore: e ognuno ne intende il perchè. Dopo quella, comincia una causa in tutte le regole (articolo 808, in fine), e delle più burrascose, ove una delle parti deve soccombere con discapito d'interesse e forse d'onore. Si noti che una disposizione identica si legge nella procedura francese all'art. 887, che non impedisce però l'intervento dei procuratori quando si apre il giudizio contraddittorio.

Contro l'altra si dirà per avventura che la materia è scandalosa? Ma non lo è sempre, o almeno non lo è più di una causa criminale. Ove il buon costume vi fosse interessato, il tribunale farà come suole per ogni altra udienza: la terrà a porte chiuse (articolo 52).

La citazione pertanto ordinata dall'art. 809 sarà completamente conforme ed avrà tutti gli effetti di quella sistemata nell'art. 134.

b) Incidenti. Esami di testimoni.

Gli *ordinamenti speciali*, ove non dichiarano la limitazione o dove la limitazione non sia assolutamente imposta dalla qualità del giudizio, lasciano l'atto in dominio del diritto comune. Lo dissi, e lo ripeto avendo la forza di un principio, e si verifica anche nel caso presente. Scorrendo gli annali della giurisprudenza francese, e mi si permetta, per brevità, di non citarne le prove, s'incontrano limitazioni alle regole ordinarie, segnatamente in fatto di testimoni; ma appresso l'abolizione del divorzio, la pratica non ebbe più bisogno di andarsi destreggiando per conciliare la procedura colle non poche disposizioni eccezionali del diritto civile; per es., intorno alla qualità dei testimoni che si potevano sentire sulle cause di sospetto e sulle ricusazioni Massol, *De la séparation de corps*, pag. 116; Thomine, tom. II, pag. 491; Berriat, pag. 677, n. 7; Chauveau in Carré, quest. 2493; Pigeau, *Commentaire*, tom. II, pag. 580, ecc.).

Noi seguiamo in tutto il diritto comune della procedura.

2. *Se la separazione personale produca la separazione dei beni.*

L'articolo 311 del Codice Napoleone è preciso: « La separazione personale produrrà sempre la separazione dei beni ». Laonde deduceva Merlin, che la moglie separata personalmente ha sempre la scelta di accettare la comunione o di rinunziarvi; e in caso di accettazione, agire per la divisione, e così ad ogni altro effetto correlativo (*Séparation de corps*, § 4). Un altro corollario, anche più rilevante, che la separazione dei beni si retrotrae all'epoca in cui si manifestarono le cause che produssero la separazione personale (3), perchè il marito sin d'allora era decaduto da' suoi diritti. Correvano però varie consuetudini in pieno vigore avanti il Codice civile.

A giudizio di alcune corti, la moglie, separatasi per sevizie e mali trattamenti, poteva revocare le donazioni, i vantaggi fatti al marito nel contratto matrimoniale (Merlin, ivi, n. 5).

(1) Imitato, ben inteso, dal Codice delle Due Sicilie, articolo 957.

(2) Avvenuta colla Legge dell'8 maggio 1816.

(3) Invece la retroattività della sentenza è stabilita in fatto di *separazioni di beni* (articolo 1420 del Codice civile).

L'illustre autore però non adottava questa opinione, fondandosi sull'articolo 959 del Codice civile.

Esaminiamo la differenza fra quella e la nostra legislazione.

Noi troviamo che la *separazione personale* e la *separazione dei beni* non è la stessa cosa, o meglio, la prima non è causa necessaria della seconda. Questa è fondata in ragioni del tutto economiche; e possono vedersi i cenni che ne abbiam dato esponendo l'articolo 806. La separazione personale versa in altro ordine d'idee, e può esistere rimanendo uniti i patrimoni: e il nostro articolo 810 ce ne fa capaci determinando che il tribunale provvederà, occorrendo, *sul modo con cui i coniugi debbano somministrare gli alimenti*: il che suppone la unione dei beni. Il Codice albertino decideva « che la moglie separata definitivamente di « corpo, ha la libera amministrazione e dispo- « nibilità de'suoi beni non dotali, salvo l'auto- « rizzazione del marito per l'alienazione dei « beni immobili ». Vi corrisponde l'art. 1824, dichiarando che « la dote rimane inalienabile ».

La separazione personale non arreca quindi di necessità la *separazione dei beni*; ma può dar giusto motivo di domandarla. « La sepa- « razione della dote può anche essere doman- « data dalla moglie che abbia ottenuta sen- « tenza di separazione personale contro il ma- « rito » (articolo 1418 del Codice civile, capoverso).

Il potersi domandare, non vale la certezza di ottenere; e l'ottenere dipende dalla ragionevolezza della causa per cui si chiede. Secondo il diritto romano, la deportazione del marito era motivo a chiedere la restituzione della dote, benchè in pendenza di matrimonio (Leg. 31, Dig. solut. matrim.; Leg. 1, Cod. de repudiis. E la condanna criminale del marito, l'abbandono in cui deve lasciare i suoi affari, le maggiori insistenze che sogliono fare i creditori in circostanze sì deplorabili, possono senza dubbio giustificare una simile azione della moglie. Ma allora la separazione personale per forza di giudizio civile non si comprende: essa esiste per forza delle cose; perciò l'articolo 131 del Codice civile non parla che del marito *reduce dalla pena*. La impossibilità peraltro di convivere con un uomo che ha portato nella famiglia le truci abitudini dell'ergastolo; il costume orribilmente corrotto; la perversità indomabile del suo carattere, possono dar motivo alla moglie *di una separazione più completa*; allora nasce il diritto della separazione reale come conseguenza della personale. Così, tutti i rapporti si sciolgono, e per quanto è permesso dai nostri principii religiosi e sociali, ciò è quanto di più rappresenta il divorzio; perciò fu appellato il *divorzio dei cattolici*. La nostra legislazione però dà prova di profonda saggezza, interponendo fra la *separazione personale e quella dei beni* l'autorità del giudice ed un nuovo giudizio.

Ho accennato alle conseguenze della separazione personale, non bene chiarite dalla giurisprudenza francese, rimpetto specialmente all'articolo 959 del Codice Napoleone « Le do- « nazioni a contemplazione di matrimonio non « saranno revocabili per titolo d'ingratitu- « dine ». Questa disposizione venne accolta anche nel Codice albertino, articolo 1168. L'articolo 1087 del Codice civile italiano dichiara « irrevocabili per causa d'ingratitudine le do- « nazioni puramente rimuneratorie, e quelle « fatte in riguardo di un determinato matri- « monio ». Con una legge simile, sebbene un po' remota dalla specie attuale, non era facile alla giurisprudenza il far passare una penalità che non era scritta come conseguente dalla separazione personale. Il Codice italiano ha tolto ogni dubbio, prescrivendo (art. 136): « Il « coniuge per colpa del quale fu pronunciata « la separazione, *incorre nella perdita dei lu- « cri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge « gli aveva concessi* col *contratto matrimoniale, « sebbene siano stati stipulati con recipro- « cità* » (1). Penalità salutare, che consegue immediatamente dalla sentenza di separazione personale, non si confonde coll'azione della separazione dei beni, e vale di utilissimo freno alle colpevoli esorbitanze dei coniugi.

Dacchè la separazione personale e quella dei beni si considerano da noi come azioni distinte, ne deriva che il coniuge non può fare in quel giudizio gli *atti conservatorii* (per es., sequestri, apposizione di sigilli, ecc.), che in questo sarebbero di diritto.

Ne segue ancora che i creditori non hanno facoltà d'intervenire; ed è quindi inapplicabile il disposto dell'articolo 1421 del Codice civile.

---

(1) Anche questa clausola è sapiente, essa rammenta le questioni che si facevano appunto sulla *reciprocità*, come limite al diritto di revoca. Ma sarebbe questa legge applicabile al fatto dell'art. 131 del Codice civile, specialmente se la *condanna fu posteriore al matrimonio*; ritenuto che il delitto del marito non sia stato rivolto contro la moglie? Io mi permetterei di dubitarne.

3. *Dell'appello.*
Niuna disposizione limitativa al diritto di appello: il diritto di appello esiste adunque in tutta la sua ampiezza, *al pari di ogni altro mezzo impugnativo delle sentenze.*

4. La sentenza di *separazione maritale* ha tutta l'autorità della cosa giudicata, eccettuata la quantità o modalità della *prestazione alimentaria, la custodia ed educazione dei figli* (capoverso ultimo).

Articolo 811.

Nel caso di separazione volontaria indicato nell'articolo 158 del Codice civile, il presidente deve avanti tutto sentire, nel giorno da lui stabilito sul ricorso delle parti, l'uno e l'altro coniuge separatamente, e fare in seguito ad ambidue le rimostranze che creda atte a riconciliarli.

Se la riconciliazione riesca, si fa processo verbale nelle forme stabilite dall'articolo 808.

Se la riconciliazione non riesca, si fa nelle stesse forme processo verbale del consenso dato dai coniugi per la separazione. Il processo verbale deve inoltre esprimere le condizioni della separazione rispetto ai coniugi e alla prole, le quali possono però modificarsi a norma del capoverso dell'articolo precedente.

La relazione per l'omologazione del tribunale, è fatta dal presidente in camera di consiglio.

Annotazioni.

« La separazione dei coniugi pel solo con« senso dei coniugi non può aver luogo senza « l'omologazione del tribunale » (art. 158 del Codice civile). L'articolo 811 s'incarica di mettere ad atto questa decisione. Se la domanda è respinta, ha luogo il *reclamo* alla corte in un termine qualunque (articolo 781).

TITOLO V.

DISPOSIZIONI RELATIVE AI MINORI DI ETÀ.

CAPO I.

DEI CONSIGLI DI FAMIGLIA E DI TUTELA.

Articolo 812.

Il processo verbale delle deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela si fa dal cancelliere del pretore, e deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo in cui è fatto;

2° Il nome e cognome dei consulenti intervenuti al consiglio, e degli assenti;

3° L'oggetto della deliberazione;

4° Le altre indicazioni richieste dalla legge.

Il processo verbale è sottoscritto dai consulenti intervenuti, dal pretore e dal cancelliere.

Annotazioni.

Questa parte della procedura è ristretta in proporzione dell'ampiezza in cui la istitnzione si svolge nelle pagine del Codice civile. Qui la procedura è veramente addiettiva e complementare, ed espone gli ultimi tratti della forma che il Codice civile non ha potuto nppropriarsi. Percorriamo rapidamente alcune delle nozioni ch'essa suppone.

1. *Dell'autorità del consiglio di famiglia.*

Le principali funzioni del consiglio di famiglia possono così compendiarsi: 1° Organizzare la tutela del minore dopo la morte dei genitori (articoli 248, 249, 264 e seg. del Codice civile); 2° Risolvere le questioni delle scuse, dispensa e remozione del tutore e protutore (articoli 271, 272, 273 dello stesso Codice civile); 3° Regolare la educazione del minore (articoli 278, 279, ivi); 4° Dirigere, ove occorra, ed assistere le più importanti operazioni conservative del patrimonio (art. 277 a 290, ivi); 5° Stabilire intorno alla domestica economia del minore (articolo 291); 6° Assicurare l'esito dell'amministrazione con opportune cautele (articoli 292, 293, 294, 295, ivi); 7° Autorizzare i fatti più importanti e decisivi dell'amministrazione (articoli 296, 298, 299, 300); 8° Rivedere, censnrare ed approvare il conto dell'amministrazione (articoli 305, 306).

Ciò quanto al *patrimonio*. Quanto alle *persone*. L'oggetto, che può dirsi sommo della istituzione, è la protezione attiva e continua del minore: totale, se non emancipato, meno estesa e parziale quando sia emancipato, ma in tal caso ha superati gli anni diciotto (articoli 55, 310, 311 dello stesso Codice civile). Il provvido intervento del consiglio di famiglia abbraccia anche la persona in età maggiore nei casi contemplati dall'articolo 324 e seg. (1).

L'autorità del consiglio di famiglia comincia dove finisce quella dei genitori; o la morte li abbia rapiti, o coll'emancipazione il genitore abbia deposta la patria podestà, non ritenendo che la veste di curatore (articulo 314) (2). A quella imponente e suprema autorità paterna è surrogato il prudente artificio legislativo, portato delle legislazioni moderne, che al consiglio attribuisce la mente; al tutore, al curatore l'azione; e come ora vedremo, fa concorrere elementi naturali e legali, la famiglia e l'autorità con uno scrupolo di previsioni, che taluno chiama eccessivo, o almeno non molto acconcio a quelle pronte conclusioni di cui talvolta gli affari hanno mestieri.

« Il consiglio di famiglia, ha detto Zacha« riæ, sfornito di ogni podestà giudiziaria e « amministrativa, non è che un'assemblea de« liberante, incaricata di prender delle risolu« zioni in occasione delle funzioni della polizia « giudiziaria che sonogli attribuite » (§ 92). Non adotterei in tutto la formola di questo scrittore, il cui linguaggio suol essere di una precisione ammirabile; il consiglio di famiglia non amministra, ma tiene il governo e il timone, si direbbe, dell'amministrazione; crea gli amministratori e li domina con un'autorità di cui può censurarsi l'uso ma non contestarsi il diritto. La espressione di *polizia giudiziaria* non mi sembra esatta. Quanto alla *podestà giudiziaria*, il proposto è vero, e ne tratteremo all'articolo 815.

2. *Composizione del consiglio di famiglia.*

Il pretore ha le attribuzioni di presidente del consiglio con quei poteri che sono indicati nel Codice civile; nella votazione del consiglio è parte essenziale (3), e di quella importanza che dichiara l'art. 258 del detto Codice. La funzione del pretore può esser considerata in una relazione complessa collo stesso consiglio di famiglia, e allora il pretore non è che uno dei membri di quella congregazione direttiva e non pronunzia come giudice: la risoluzione che ne risulta è quella del collegio. Ne segue che, annullata o respinta la risoluzione dall'autorità giudiziaria, se occorre altra deliberazione sul medesimo affare, il pretore è sempre al suo posto di presidente e rende il voto. Nondimeno questo giudice che porta nel consiglio di famiglia un parere tanto più autorevole quanto dev'essere libero da ogni lievito di parzialità e d'interesse, si considera ancora come tale, cioè giudice, e si divide dal corpo morale di cui fa parte per attaccarlo di sospetto so vi dia cagione, e *ricusarlo* (articolo 118 della procedura). Gli articoli 231, 232,

---

(1) Il presente Titolo v non contiene che le *disposizioni relative ai minori;* ma troveremo le altre nel seguente Titolo VII.

(2) Il padre emancipante, rimasto *semplice* curatore, non può autorizzare il figlio emancipato ad atti di alienazione, ma dipende esso pure dal consiglio di famiglia; onde io avviso che la corte di Milano abbia fatto retta applicazione dell'art. 319 del Codice civile, nella specie recatasi dalla diligenza e intelligenza della direzione del *Monitore dei Tribunali*, 1867, num. 8 e 9.

(3) Talchè, non emettendo il voto, la liberazione sarebbe nulla (Zachariæ, § 93).

233, 235, 239, ecc. dichiarano di quali altri membri si compone essenzialmente il consiglio di famiglia, e come questi concorrano e quando debbano astenersi.

3. *Convocazione.*

Costituita l'assemblea secondo le norme degli articoli 252 e seg. del Codice civile, convocata dal pretore che la presiede, entra in esercizio, e procede alle sue deliberazioni. Da quel momento il consiglio di famiglia assume *una funzione abituale*, ed è costituito moralmente in permanenza per tutta la durata della tutela. « Verificandosi l'apertura » della tutela, è costituito *un consiglio di fa-* » *miglia permanente per tutto il tempo della* » *medesima* presso il pretore del mandamento » dove si trova la sede principale degli affari » del minore » (articolo 249).

Il nostro articolo 812 esordisce con questa distinzione nominale: *consiglio di famiglia* o *di tutela;* distinzione attinta appunto da quella legge del Codice civile. L'ordine, il carattere, la forma delle deliberazioni non diversifica sostanzialmente, ma nel subbietto del diritto; nella costituzione e nell'organamento si distinguono non poco.

Il *consiglio di famiglia* è istituito a protezione e difesa dei minori che ebbero nascimento legittimo, e che per conseguenza hanno *famiglia;* laddove il *consiglio di tutela*, per l'articolo 261 del Codice civile, è istituito nell'interesse delle *persone nate fuori di matrimonio.* Sorge *de jure* il consiglio di famiglia all'*aprirsi della tutela*, in quanto è necessario di costituirlo, e il tempo della sua funzione è determinato. Il consiglio di tutela si costituisce secondo il bisogno; varia il suo argomento, ma nell'esercizio delle loro attribuzioni si conformano, e convengono ad amendue anche le pratiche designate in questo capitolo.

4. *Competenza locale del consiglio di famiglia.*

La competenza è determinata *dal luogo dove si trova la sede principale degli affari del minore* (articolo 249 del Codice civile).

L'interesse del minore esige i più pronti provvedimenti; d'altra parte è difficile il conoscere nei primi momenti in qual luogo esistano affari di maggior rilievo. In qualche dizione si avranno gl'immobili, in altra gli stabilimenti commerciali; o gli uni e gli altri saranno agglomerati in provincie diverse, con amministrazioni distinte, come avviene nei grandi patrimoni. La sostanza può anche trovarsi diffusa in differenti Stati. È dunque possibile che si costituiscano ad un tempo più consigli di famiglia e sia nominato più d'un tutore. Questa posizione di cose non può durare. L'unità dell'amministrazione è necessaria: la legge non conosce che un solo tutore. L'educazione del pupillo non può essere suddivisa; essa deve sottostare ad unica direzione.

Se queste varie combinazioni si verificano in effetto, deve credersi che la previdenza delle nostre leggi ci porga il rimedio.

Osservata dalla dottrina e giurisprudenza francese con tale stato di cose, si disse che non avrebbe potuto applicarsi il regolamento istituito per decidere i conflitti di giurisdizione, non trattandosi di giurisdizione contenziosa, nè di giudizi, nè di veri giudici. La deliberazione di un consiglio di famiglia non è una sentenza. Così ritenne la corte di cassazione francese nel 18 luglio 1826 (*Journal Avoués*, tom. XXXII, pag. 121). Quale sarà dunque il partito da prendersi? Ecco quello che insegna il Carré (quest. 2999). Niente altro che fra i due tutori (e possono anch'essere più di due) s'impegnerà una lite: il tutore che si trova impedito o contrariato dalle risoluzioni dell'altro, lo chiamerà in giudizio, e farà decidere la prevalenza.

Secondo questo sistema, le gestioni separate sono possibili, dato il caso che i diversi tutori siano contenti di esercitarne una parte. Ma, come ognun vede, l'interesse non è del tutore, ma del pupillo, al quale l'unità e la omogeneità dell'amministrazione sommamente interessa.

Si è avuto torto, lo credo, di non riconoscere nel consiglio di famiglia una magistratura che nella sfera de' suoi poteri ha una giurisdizione legale che reclama il suo posto negli ordini della competenza. Invero la nostra legge sul *regolamento della competenza* (Libro I, tit. I, capo II), nel suo principale concetto, non differisce dalla francese; tuttavia non si dubita della sua applicabilità. In recenti giudizi della cassazione di Torino, nei quali io ebbi l'onore di dar voto (1), ciò si è ritenuto senza esitanza, poichè in diversi luoghi si era proce-

(1) (Causa Costa-Costa, decisione della cassazione di Torino, 21 marzo 1866, relatore Canina). Nel 24 settembre 1863 moriva in Bastia di Corsica Stefano Costa, che riteneva domicilio in Sestri Levante, territorio genovese. Il console italiano residente in Bastia nominò all'unica figlia minore del defunto il tutore nella persona di Lazzaro Costa suo zio, e il protutore, convocando un consiglio di famiglia; indi fu compilato l'inventario, si provvide per la vendita di mobili, pel deposito di ragguar-

duto simultaneamente nelle operazioni della tutela.

Non possiamo camminare che per analogia; ma abbiamo l'appoggio dell'articolo 3° *delle disposizioni preliminari* del Codice civile.

Primieramente è da tenersi il pubblico ministero investito di facoltà, come per impugnare le decisioni del consiglio (articolo 815), così a promuovere il *regolamento di competenza*. Librandosi al di sopra della connivenza dei tutori, gioverà alla cosa pubblica tutelando la causa del pupillo. L'*autorità superiore* (articolo 108) è il tribunale, se i lottanti consigli di famiglia esistono nel suo circondario; altrimenti la corte d'appello della provincia, o la cassazione. Il conflitto esiste quando due pretori hanno convocato rispettivamente i consigli di famiglia, e si sono cominciate le discussioni: molto più se sono state prese deliberazioni affermative della competenza. È noto che l'indole dell'ordinamento è piuttosto *preventiva* che *riparativa:* riconducendo all'unità questa specie di scisma giudiziario, previene le risoluzioni irretrattabili, dopo le quali non ci sono che i giudizi di nullità e le cassazioni. In siffatta emergenza che non cede in gravità ed importanza a verun'altra, il soccorso della legge non può mancarci. Non perciò sono esclusi i mezzi ordinari d'impugnazione, come diremo parlando dell'articolo 815.

5. *Del processo verbale.*

Si ritenga che ove al n. 4 accenna ai *consulenti intervenuti*, l'articolo vuol anche comprendervi la menzione del giudice, presidente del consiglio, menzione assolutamente necessaria, altrimenti ogni deliberazione sarebbe nulla e, come inesistente, incapace di omologazione. Ai tre requisiti se ne aggiunge un quarto abbastanza generico, *le altre indicazioni richieste dalla legge*. Alcune di codeste formalità intrinseche del processo verbale trovansi realmente dichiarate dalla legge. Sono quelle scritte negli articoli 256 e 260 del Codice civile. Altre non dichiarate, non sono meno necessarie. I fatti enunciati negli articoli 254, 258, 261, devono risultare dal processo verbale, senza di che il verbale, se non assolutamente nullo, sarebbe annullabile.

Articolo 813.

Se il tutore nominato dal consiglio non sia presente alla deliberazione, questa gli è notificata per cura del cancelliere nel termine stabilito nella deliberazione stessa, senza che occorra di dargliene copia.

Il certificato della notificazione fatta dall'usciere è unito dal cancelliere alla deliberazione del consiglio.

Articolo 814.

La domanda per omologazione si presenta dal tutore, o da chi altri ne abbia obbligo, alla cancelleria del tribunale, nel termine stabilito dalla deliberazione del consiglio, o, in difetto, nei quindici giorni dalla data della medesima.

Se la domanda non sia presentata nei detti termini, qualunque dei consulenti può proporla a spese di chi ne aveva l'obbligo, senza che questi abbia diritto di ripetizione contro il minore.

---

devoli titoli di credito nella cassa d'industria e commercio *di Parigi*, e alla educazione della fanciulla *in Francia*. Più tardi il tutore pensò convenire che la fanciulla fosse condotta in Genova, e ricevesse la sua educazione in Italia; e i capitali depositati a Parigi fossero richiamati. La istanza fu portata al giudice di Sestri Levante, che opinò doversi il tutore rivolgere al console italiano di Bastia, nel qual luogo si era aperta la tutela. Quel decreto fu confermato dal tribunale di Chiavari. La corte di Genova è destinata dai trattati internazionali a risolvere i conflitti di giurisdizione fra le autorità francesi e italiane, come dalla Legge consolare 15 agosto 1858, e dal trattato del 18 xbre 1862. La corte di Genova pronunciò nel 24 dicembre 1864 un decreto nel quale, dirimendo un conflitto che non esisteva, disse competente il consiglio di famiglia di Bastia. Quel decreto fu cassato dalla corte suprema nell'11 giugno 1865; ma per allora non si entrò nel merito della questione. Portatasi poi in cassazione un'altra sentenza della corte di Genova, che era del 10 settembre 1864, ove era stata decisa la questione di competenza a favore del consiglio di famiglia di Bastia, la corte suprema cassò anche questa, giudicando che la *sede permanente* del consiglio di famiglia doveva ritenersi in Sestri Levante, ove il defunto aveva l'ultimo suo domicilio.

Annotazioni.

1. Alcune deliberazioni del consiglio di famiglia sono soggette all'*omologazione* del tribunale, ed altre no. Vi sono soggette quelle che contengono un interesse più grave, più importante nelle conseguenze per il patrimonio pupillare.

Articolo 301 del Codice civile. « Tutte le « deliberazioni del consiglio di famiglia per « le quali siano autorizzati atti di alienazione, « di pegno od ipoteca dei beni del minore, « sono sottoposte all'omologazione del tribu« nale. Saranno parimente soggette alla omo« logazione del tribunale le deliberazioni che « autorizzano il tutore a prendere danari a « prestito, e quelle relative alle transazioni, « ai compromessi e alle divisioni in cui sia in« teressato il minore ».

Articolo 276. « Il consiglio di famiglia po« trà in ogni tempo dispensare il tutore, il pro« tutore ed il curatore dal loro uffizio, qualora « essi consentano a rassegnarlo, e il consi« glio reputi necessario un tale provvedimento « nell'interesse del minore. La deliberazione « del consiglio di famiglia, *ove non sia stata « presa ad unanimità*, sarà sottoposta all'o« mologazione del tribunale ».

Articolo 293. « Il consiglio di famiglia potrà « nel progresso della tutela richiedere al tu« tore la cauzione di cui fosse stato dispen« sato, e potrà parimente liberarlo da quella « che avesse dato. Potrà pure estendere o re« stringere la iscrizione dell'ipoteca che si « fosse presa in luogo della cauzione, ed an« che autorizzare la cancellazione. In tutti « questi casi la deliberazione del consiglio « dev'essere sottoposta alla omologazione del « tribunale ». L'articolo si collega al precedente, in cui è stabilito che il consiglio di famiglia può dispensare l'avo paterno o materno dalla cauzione, e la deliberazione è soggetta alla medesima disciplina.

2. La domanda che deve farsi al tribunale è un incombente d'amministrazione; obbligo espresso del tutore o del curatore, o anche del protutore, nei casi dell'articolo 266 del Codice civile. Se codesti rappresentanti furono presenti alle deliberazioni, il termine a carico loro decorre dal giorno della stessa deliberazione, altrimenti dalla notifica che ne ricevono dal cancelliere (art. 813).

3. *Formalità della omologazione.*

Il tribunale, della cui omologazione si parla così spesso senza indicarlo, è quello *nel cui distretto fu convocato il consiglio:* uso le espressioni che leggo nell'articolo 938 del Codice del 1859, ove pure qualche traccia è delineata di questa procedura. « Il ricorso contenente la « domanda sarà accompagnato dalla delibera« zione del consiglio di famiglia e dai docu« menti giustificativi, se ve ne ha. Il segretario « (cancelliere) ne farà la trasmissione al mini« stero pubblico al più tardi nel giorno suc« cessivo alla loro presentazione, per le sue « conclusioni ». Indi nell'articolo 959: « Sulle « conclusioni che saranno scritte di seguito al « ricorso, e sulla relazione di uno dei giudici « verbalmente incaricato dal presidente, il tri« bunale provvederà con decreto che sarà « scritto in calce delle stesse conclusioni ».

Ecco già qualche cosa che manca nel Codice attuale. Se intervenga il pubblico ministero, è inutile domandarlo. Abbiamo la disposizione generale dell'articolo 346, n. 5, e meno diretta quella del seguente articolo 815, ma che ci persuade della necessità del suo intervento. La procedura, come sopra tracciata, ha ancora ragione di essere; è la sola che conviene a questa sorta di giudizi *quando non vi sia opposizione.* La decisione del tribunale chiamasi *decreto* in relazione all'articolo 50, e con tal nome è indicata nell'articolo 218 del Codice civile in un caso analogo di omologazione.

Carattere del giudizio.

Presentata la domanda allo scopo che sia approvata la deliberazione del consiglio di famiglia, il tribunale s'informa, un giudice studia la posizione e riferisce, il pubblico ministero dà il suo parere: tutto ciò è anche nelle proporzioni di un giudizio interno che si rende in camera di consiglio (art. 778, n. 2). Nel Codice Napoleone è un articolo, il 458, che dice espressamente, parlando della omologazione che il tutore deve richiedere = il tribunale civile di prima istanza *deciderà nella camera di consiglio, sentito il regio procuratore.* — Pigeau, con argomenti tratti da quella legislazione che a noi non occorre ripetere, opinava doversi sempre pronunziare *in udienza pubblica* (*Commentaire*, tom. II, pag. 588). Ne fu redarguito; il testo, un testo espresso, si opponeva; ma in generale la dottrina e la giurisprudenza si accordavano nel dire che l'affare doveva essere deciso solennemente, in udienza formale, *qualora fosse sorta contraddizione fra le parti interessate;* nel quale avviso sono e il Thomine (tom. II, pag. 500), e il Favard de Langlade (tom. I, p. 181), e il Chauveau (quest. 3003).

Questa conclusione è pure la nostra. La contraddizione non sarà risvegliata da un

primo atto di citazione. La legge non ci addita questa via, ma nascerà per istanza di coloro che avessero interesse contrario: a questi spetterà introdursi con un atto di citazione, giusta le norme che veniamo a trovare nell'articolo seguente. *La revisione si cangia in un giudizio sommario e contraddittorio.*

Mentre ho la mano su queste pagine giunge a mia cognizione una sentenza della corte suprema di Firenze, del 3 gennaio 1867 (*La Legge*, anno 1867, n. 5), in cui si proclamano principii che valgono ad autorevole conferma del mio proposto.

Il pretore di ..... ha convocato un consiglio di famiglia all'effetto di destinare un tutore o curatore all'interdetto signor *B.*, chiamando a comporlo quei consulenti che ritenne indicati dalla legge. Da quel decreto i signori *C.* e *D.*, consulenti nominati nel testamento del padre dell'interdetto, camminando colla scorta dell'articolo 782, *interpongono reclamo al presidente del tribunale*. I parenti invitati nel decreto pretoriale si oppongono. Nasce contestazione. Il presidente indice una discussione avanti di lui, si fanno difese scritte, si fanno difese orali dagli avvocati e procuratori; e il presidente pronunzia la sua decisione, revoca la sentenza del pretore, ordina una diversa composizione del consiglio, condanna nelle spese.

La corte di cassazione di Firenze ha annullato per incompetenza il giudizio presidenziale. Osservò che in questo modo si era oltrepassata la sfera della giurisdizione volontaria, che si esercita *inter volentes et consentientes sine forma judicii*, che « l'essenziale carattere « della volontaria giurisdizione si è l'assenza « di ogni contraddittore »; perciò l'articolo 50 distingue *decreti* da *ordinanze*; per quelli non corre citazione, per queste è necessaria. Disse la corte, e secondo me assai bene, che in verun modo era il caso d'interporre *reclamo*. Non per parte di quelli che avevano fatta la istanza, la quale era stata pienamente accolta. Non per parte di quelli che, ritenendosi ingiustamente esclusi dal far parte del consiglio di famiglia, pretendevano la illegalità del decreto del pretore. In tale stato di cose risultava evidente la necessità della giurisdizione contenziosa.[1]

Che diviene allora del pronunziato del pretore? Esso non ha valore di giudicato rimpetto ai terzi: esso rimane inefficace dacchè si promuove l'azione sulla quale deve in forma contraddittoria decidersi la questione di diritto.

Colle quali ottime definizioni di moderno diritto giudiziario si avvalora quello ch'io avvisava testè, il giudizio assumere carattere contenzioso, cessare l'applicazione dell'art. 778, nº 2, ogni volta che sorga contraddizione fra le parti da doversi decidere con una sentenza.

Vero è che il *reclamo* implica opposizione; ma opposizione di colui che fece la domanda stragiudiziale, e non venne accolta, e che permette benissimo in secondo grado un esame ugualmente stragiudiziale.

La istanza di *omologazione* non è punto un *reclamo*. Essa è semplicemente l'invocazione di quell'autorità la cui interposizione imprime all'atto del consiglio il carattere legale. Non è il reclamo; ed invece è l'esecuzione. Avverto che il reclamo è tuttavia possibile avanti il presidente, ma soltanto prima della deliberazione consigliare. Dopo di essa devono adottarsi le norme del seguente articolo che veniamo a dichiarare. (Intorno a ciò, vedi il nostro commento all'articolo 260 del Cod. civ.).

Articolo 815.

Le deliberazioni del consiglio non soggette a omologazione possono impugnarsi davanti il tribunale dai membri della minoranza del consiglio stesso entro giorni quindici dalla data delle medesime, e dal ministero pubblico, sopra informazione del pretore, o anche d'ufficio, prima che siano eseguite.

In ambidue i casi la dimanda è notificata con citazione in via sommaria ai membri della maggioranza del consiglio, i quali possono incaricare uno di essi di sostenere il giudizio.

Dalla sentenza del tribunale si può appellare a norma dell'articolo 797.

Annotazioni.

1. La legge pertanto adottò la distinzione fra quelle deliberazioni che sono soggette ad *omologazione*, e quelle che non vi sono soggette. I *membri della minoranza* non hanno forse facoltà di fare opposizione avanti il tribunale, eziandio per quelle che sottostanno ad omo-

logazione, ed all'effetto che non sia accordata la omologazione; ma in tal caso la istanza non è proposta con citazione.

Niun dubbio che la sentenza di omologazione nata in contraddittorio delle parti è appellabile in conformità di quest'articolo 815.

2. Le deliberazioni del consiglio di famiglia non sono giudizi: fu già osservato che l'autorità del magistrato che lo presiede si assimila, per così dire, all'azione puramente amministrativa del corpo di cui viene a far parte, e in essa si confonde. Le deliberazioni *s'impugnano* per conseguenza avanti il tribunale, che giudica della sua legalità *tamquam in prima*. La decisione giudiziaria è quella del tribunale, e da essa s'interpone l'appello alla corte.

3. Il giudizio è sommario, e dovrà trattarsi colle forme degli altri giudizi sommari avanti i tribunali, col presidio dei procuratori, e coll'intervento del pubblico ministero. In sì grande studio di guarentigie a favore del minore, i suoi affari potrebbero intanto rovinare; onde io credo che il tribunale nominerà, pendente il giudizio, un curatore provvisorio.

4. Si parla dell'appello non per attribuire il diritto (che è scritto nei principii generali della procedura fintantochè la legge non dichiara la inappellabilità), ma per limitarne i tempi e i modi. È ciò che vediamo nell'ultimo capoverso del nostro articolo.

Se compete l'appello, eziandio gli altri mezzi d'impugnazione competono; la *revoca* e la *cassazione:* sistema completo. I termini non sono modificati che rapporto all'appello, forse perchè gli altri mezzi detti straordinari, non essendo sospensivi, non turbano di troppo l'amministrazione pupillare.

5. La lettera dell'articolo 815 non darebbe facoltà d'impugnare la deliberazione del consiglio di famiglia che ai *membri della minoranza del consiglio stesso*. E i terzi, quelli cioè che si pretendono invitati dalla legge a far parte del consiglio, e gli altri, qualunque che avessero interesse ad infirmarne le deliberazioni, in qual modo dovranno valersi del loro diritto? Semplicemente e sempre per via d'azione. Il tribunale competente è quello che sarebbe competente all'omologazione. Il Carré si domandava se quegli che non fece parte del consiglio, un terzo, dovesse invece provvedersi in appello, *pronunziato che fosse il giudizio di omologazione* che, come vedete, è un caso differente. E rispose: « Non seulement elle n'y « est pas obligée, mais il est une circonstance « dans laquelle nous pensons qu'il ne pourrait « se pourvoir que par opposition devant le « tribunal qui aurait rendu jugement de ho- « mologation » (quest. 3010). Se tale decreto fu pronunziato senza contraddizione e *contrasto*, egli dico, non è che un atto di giurisdizione volontaria. Indipendentemente da tale qualificazione, può ammettersi, secondo la dottrina del Carré, la opposizione del terzo. Non accettata, si eleva un giudizio contraddittorio; e nasce sentenza contro la quale compete appello, come si è detto di sopra.

CAPO II.

DELLA VENDITA VOLONTARIA DEI BENI DEI MINORI.

SEZIONE I.

Della vendita dei beni mobili.

Articolo 816.

Per la vendita dei beni mobili del minore, di cui nell'articolo 290 del Codice civile, il tutore deve incaricare il cancelliere del pretore o un notaro.

Annotazioni.

« Nel termine di due mesi successivi alla « formazione dell'inventario il tutore farà ven- « dere ai pubblici incanti i mobili del minore » (articolo 290 del Codice civile). Questo regolamento specifica i modi della esecuzione.

Articolo 817.

L'uffiziale incaricato della vendita deve annunziarla con bando da pubblicarsi e affiggersi, almeno tre giorni prima della medesima:

1° Alla porta delle case comunali del luogo del domicilio del minore, del luogo in cui si trovano i mobili, e del capoluogo del mandamento;

2° Alla porta della casa in cui si fa l'incanto;

3° Nel mercato che si terrà nel comune in cui deve seguire l'incanto, o nel comune più vicino se in quello non siavi mercato;

4° Sull'oggetto posto in vendita, nei casi indicati nel capoverso del num. 1° dell'articolo 629.

Se il valore di stima dei beni mobili da vendersi ecceda lire tremila, il bando deve inoltre pubblicarsi e affiggersi alla porta esterna della sede del tribunale civile, e un estratto sommario deve inserirsi nel giornale degli annunzi giudiziari.

Articolo 818.

Il bando deve indicare:

1° Il luogo, il giorno e l'ora della vendita;

2° Il nome e cognome dell'uffiziale che vi procede;

3° il nome e cognome del minore e del tutore;

4° La natura e qualità dei mobili da vendersi, senza specificazione particolare;

5° Nei casi indicati nell'articolo 823, la data della deliberazione che ha autorizzato la vendita, e le indicazioni richiesto dal primo capoverso dell'art. 632.

Annotazioni.

Il luogo della vendita può esser così la casa del cancelliere che lo studio del notaio. L'uno e l'altro uffiziale dev'essere fornito di speciale mandato del tutore.

Che s'intende colle parole *senza specificazione particolare?* (num. 4). Chiaro è che la disposizione è *permissiva*, non *imperativa:* chi volesse *specificare* i mobili coi rispettivi prezzi di stima, non farà che bene; se si volesse vendere non un complesso, una *universitas* di mobili, ma i singoli mobili, sarebbe allora necessario distinguerli in particolare. Tuttociò dipende dalle prudenti viste del tutore che procede alla vendita volontaria.

La mala formazione del bando potrebbe esporre a qualche responsabilità l'*ufficiale* che ne ha l'incarico, o lo stesso tutore che ne fornisce i dati. Del resto, in materia specialmente di mobili, sui quali non riposano diritti reali e quesiti ai terzi, niuno sarebbe che avesse azione per domandare la nullità del bando.

Articolo 819.

L'incanto è aperto sul prezzo di stima.

Il perito per fare la stima, se questa non sia stata fatta nell'inventario, è nominato dall'uffiziale incaricato della vendita.

Il giuramento del perito è prestato davanti lo stesso uffiziale.

Articolo 820.

Quando non sia fatta offerta sul prezzo di stima, l'uffiziale che procede può, col consenso del tutore, ordinare che l'incanto sia aperto su prezzo minore.

Annotazioni.

La stima fatta nell'inventario può bastare; non si è molto rigorosi perchè nel concorso degli oblatori si sperano aumenti. Ma non sempre corrisponde l'effetto alla speranza: e il prezzo sul quale si aprirà l'incanto può essere allora diminuito. La legge confida la operazione a persona conoscente d'affari; l'*uffiziale* riporta il consenso del tutore, consenso che dovrà apparire da qualche atto: è formalità intrinseca e sostanziale: il compratore potrebbe altrimenti correr rischio di vedersi annullata la vendita se l'offerta definitiva fosse minore del prezzo di stima.

L'obbligo di procedere all'incanto su base di stima, mostra che non si può licenziare la vendita, se l'offerta non è superiore, o pari almeno alla stima.

L'articolo 819 accorda facoltà di abbassare il prezzo d'incanto, ma non dice: 1° *se l'incanto debba invariabilmente ripetersi*, ovvero si possa nel corso della stessa delibera diminuire il prezzo dall'uffiziale procedente e dal tutore, presenti: 2° *se alla seconda prova possano rilasciarsi i mobili sopra un'offerta qualunque*, anche inferiore alla stima.

Non credo potersi stabilire *a priori* una regola certa dove la legge tace, forse per viste prudenti. Deciderà la saviezza del tutore, non senza responsabilità dal canto suo. Se trattasi di mobili di più o meno cospicuo valore, di qualità rara, di oggetti d'arte, di materie preziose, di affare insomma di molto rilievo, mi guarderò bene dal dire che nella semplicità della legge si celi un'insidia; dirò che il tutore non deve appagarsi della facoltà di attenuare la proposta del prezzo che l'art. 820 gli concede, e vorrà coprirsi con opportune cautele, poichè non è dalla procedura ch'egli attinge le norme della sua amministrazione ma da principii d'ordine più elevato.

E pongo un esempio. Si hanno a vendere alcuni quadri che la stima attribuisce ad insigni autori. La stima corrisponde a tale attribuzione. Si sarebbe mai ingannato il perito, poichè il pubblico sembra incredulo e non fa veruna offerta, sgomentato dall'altezza del prezzo? O il quadro è *originale* di Tiziano (così per nominare un autore), e non è difficile trovare un amatore che vi spenda intorno le ventimila lire che si domandano; o è una copia, non avrete chi ne paghi mille. Sarebbe abbastanza accorto il tutore, che persuadendosi che il perito è caduto in errore, e che per vendere il quadro bisogna contentarsi di un ventesimo, diminuisse press'a poco a questa misura, o ad una misura qualunque, il prezzo d'incanto? Mentre la legge è cauta di non permettere al tutore la vendita di censi, ragioni di credito, ecc., senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (articolo 823), vorrà concedergli tanto potere quando si tratti di mobili, siano pure d'ingentissimo valore? Suppongo la *facoltà di vendere*. Ma possiede egli veramente questa facoltà? La possiede se ci fermiamo al citato articolo 823 della procedura, che avrebbe un certo appoggio nell'articolo 290 del Codice civile, giacchè inchiudendo la condizione dell'autorizzazione per quei casi, l'escluderebbe per la vendita dei mobili considerati come capitali meno importanti. Ma l'aspetto delle cose si cangia innanzi all'articolo 296 del Codice civile, il quale prescrive che *eccettuati i frutti e i mobili di facile deterioramento*, non possono alienarsi (i mobili) *senza l'autorità del consiglio di famiglia*.

In questo punto la redazione del Codice di procedura non è stata abbastanza avvisata per fare un richiamo (che costava sì poco) alla regola fondamentale del Codice civile. Contuttociò non è possibile supporre che vi abbia derogato.

Resta però non contraddetta la facoltà dell'uffiziale procedente all'incanto e del tutore: la facoltà dell'articolo 820, che ho detto doversi usare con somma prudenza.

Secondo la lettera non si dovrebbe proporre la diminuzione del prezzo che mancando *ogni offerta* (articolo 820). Ma se vi sono offerte e tutte minori della stima, si è *in eadem causa*: vale la stessa ragione; e si sentirà il bisogno di tenere meno alte le pretese.

Se sia d'uopo sempre ripetere l'incanto.

Stando all'esempio dei quadri che può variarsi finchè si vuole, il tutore dovrebbe provvedersi di attestazioni di professori o di accademie; e tali documenti dovrebbero essere visibili al pubblico accorrente. Si guardi adunque dal venire sull'atto a diminuire il prezzo a fronte di una completa mancanza di offerte. L'incanto si porterà ad altro giorno, a giorno indefinito. In altri casi, urgendo la vendita perchè le cose non deperiscano, lieve essendone l'importanza, ritengo che si potrà anche nello stesso mercato proporre un prezzo minore.

Se la proposta del prezzo può essere diminuita col consenso del tutore, stimo che ugualmente dipenda dalla saggezza e prudenza di lui il cedere a quella offerta che potrà credersi la migliore possibile, anche per l'analogia molto stringente dell'articolo 638.

Articolo 821.

Alle vendite regolate in questa sezione sono applicabili gli articoli 633, 634, 635, 636 e 642.

Annotazioni.

Richiamo dell'articolo 634.

L'invito che si fa al pubblico è impegnativo come ogni altro. Si è dunque in obbligo di deliberare i mobili *al maggior offerente e a danaro contante* quando l'offerta superi il valsente di stima. Per correlativo, l'offerente è obbligato di pagare sull'atto l'importo della sua offerta, e di sottostare alla comminatoria della seconda parte dell'articolo 634. *A rischio del compratore* significa che, non potendo ricavarsi prezzo uguale alla sua offerta, dovrà prestare l'indennità.

Richiamo dell'articolo 636.

Gli *oggetti d'oro e d'argento* devono rimanere in vista del pubblico due ore almeno prima dell'incanto. Va bene. Ma non si vede richiamato l'articolo 638, e ciò merita riflessione. Per quell'articolo le gioie ed altri oggetti, nel rinnovato incanto, possono vendersi, ancorchè la migliore offerta non pareggi la stima. Qui sorge un grave dubbio. Il non richiamo dell'articolo 638 è forse la prova che il legislatore non ha voluto attribuire al tutore quella facoltà? Ovvero si è creduto bastare il nostro articolo 820, che investe il tutore di una facoltà generale e buona per ogni caso?

Può dirsi a favore del primo postulato, che trattandosi di oggetti di valore, come diamanti, gioie e cose simili; essendo l'incanto volontario e non subordinato all'interesse di un creditore che spinge alla vendita, nella maggiore precauzione che deve usarsi per le cose dei minori, non si è voluta l'applicazione dell'articolo 638. Queste considerazioni sono forti; nondimeno giudico che, sotto la responsabilità del tutore, il disposto dell'articolo 820 sia abbastanza ampio per comprendere il caso.

Articolo 822.

Il processo verbale di vendita, oltre le indicazioni prescritte dai n. 1°, 3° e 6° dell'articolo 641, deve contenere il nome e cognome, il domicilio o la residenza del minore e del tutore; e nei casi indicati negli articoli 634, 635, 636 e 820, una distinta menzione di quanto sia stato eseguito in conformità dei medesimi.

Il processo verbale è sottoscritto dal tutore e dall'uffiziale incaricato della vendita. Se questa non sia compiuta di seguito, il processo verbale è sottoscritto a ogni interruzione.

Annotazioni.

La inosservanza delle formalità quivi accuratamevte descritte, un effetto deve produrlo. Ma quale sarà mai questo effetto? La nullità della vendita? Ma il processo verbale non è che la storia autentica dell'avvenimento, non è l'avvenimento medesimo. Il processo verbale è posteriore, e la sua irregolarità materiale non può fare che la vendita non sia stata condotta in buona fede e incensurabile. Il processo verbale finalmente è atto d'uffizio e non del compratore, quantunque vi acceda colla propria sottoscrizione onde confermare il fatto del suo acquisto. Stimo adunqne che l'irregolarità di forma del verbale non influisca sulla validità della vendita. Altrimenti l'annullarla dipenderebbe pur anche dalla frode di colui che a bello studio imbrogliasse la forma del verbale. Pertanto quelle descritte nell'articolo 822 sono norme direttive; ma saranno tenuti e l'uffiziale pubblico e il tutore a risponderne verso il tutore, poichè non sarebbe con ciò giustificata la vendita (1).

(1) Queste cose credo vere quando si tratta di *mobili*, rispetto ai quali il possesso dei terzi di buona fede vale titolo. Vedremo più avanti che debba decidersi rapporto alla vendita degli *immobili*.

Articolo 823.

Il tutore non può far vendere i censi o le rendite perpetue o temporarie del minore, nè altre ragioni di credito, se non sia stato autorizzato dal consiglio di famiglia o di tutela, il quale, riconoscendo la necessità della vendita, deve nella deliberazione che l'autorizza nominare l'uffiziale che dovrà procedervi, e determinare il prezzo sul quale dovrà aprirsi l'incanto.

Il bando, giorni otto almeno prima della vendita, è notificato anche al debitore del censo, della rendita o del credito, pubblicato, affisso e inserito a norma dei num. 1°, 2° e 3°, e del capoverso dell'articolo 817.

Se sul prezzo determinato dal consiglio non siasi fatta offerta, non si può procedere alla vendita a prezzo minore senza nuova deliberazione dello stesso consiglio.

Annotazioni.

Quella parte di diritto che l'articolo contiene, ha la sua sorgente nell'articolo 296 della legge civile. La procedura vi aggiunge, *riconoscendo la necessità della vendita*, mentre quanto ai mobili per sè infruttiferi, l'economia dell'amministrazione la consiglia (1).

Articolo 824.

Per la vendita dei bastimenti di mare, delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello Stato, e delle azioni industriali, dopo che la medesima sia stata debitamente autorizzata, si osservano le disposizioni degli art. 582 e 639.

SEZIONE II.

Della vendita dei beni immobili.

Articolo 825.

Col decreto di omologazione che autorizza la vendita dei beni immobili del minore, il tribunale stabilisce le condizioni della vendita e nomina d'uffizio un perito, ordinando che sul prezzo determinato dalla perizia si apra l'incanto o davanti uno dei giudicí, o davanti il cancelliere del pretore del mandamento in cui sono situati i beni, o davanti un notaro nominato con lo stesso decreto.

Se i beni da vendere siano situati in diverse giurisdizioni di tribunali civili o di preture, possono essere nominati per la stima due o più periti, e per l'incanto due o più uffiziali.

Annotazioni.

1. *Se la vendita dei beni immobili dei minori possa seguire altrimenti che colle forme prescritte dalla presente Sezione.*

Precedenti storici. — I beni immobili dei minori non possono alienarsi senza decreto e cognizione di causa (Leg. 4, 5, 6, 7, 8, Cod. de præd. et aliis reb.; Leg. 22, 24, Cod. de adm. tutor.). Ciò riguarda l'opportunità; difatti *se*

---

(1) Leg. 22, 24 ult., Cod. de adm. tutor.; L. ult., Cod. quando decreto opus non est; Leg. 7, § 1; Leg. 56, Dig. de admin. et peric.; Leg. 3, Cod. de peric. tut.

la vendita è necessaria, non si ha più bisogno del decreto; il tutore è autorizzato dalla stessa necessità: non è più libero. Ma la necessità, di cui si parla, non è quella economica che nasce dalla situazione del patrimonio. « Ob æs alienum, tantum causa cognita, præsidiali decreto prædium rusticum minoris « provinciale (1) distrahi permittitur ». L'*utilità* del patrimonio così poteva richiedere; ma *necessitas* era quella che nasceva da causa giuridica inevitabile; si era costretti a vendere l'immobile che si teneva *jure pignoris*, o era forza di venderlo *ex causa judicati* (L. 1, Cod. de prædiis et aliis rebus, ecc.). Il minore non poteva provocare la divisione, benchè le più sane regole dell'economia la consigliassero, e l'atto si aveva per *volontario*. Ma provocato esso stesso il minore a dividere, l'atto dal canto suo rivestiva la qualità di *necessario;* e il tutore per dividere non aveva più bisogno di decreto (L. 17, C. eod.). Qualche altra volta si trova che il padre del pupillo, erede, ha ordinata l'alienazione, e allora si considera necessaria (Leg. 3, quando decreto opus non est).

Simili distinzioni non furono ricevute nei codici moderni; quella condizione di cose deve essere riconosciuta dall'autorità nell'interesse del minore, quantunque, ove sia dimostrata, obblighi l'autorità stessa a consentire. Ma il fatto volontario cessa, e quindi le disposizioni del titolo che esaminiamo vanno del tutto fuori d'applicazione se la vendita ci è imposta dal creditore legittimo, e noi siamo costretti a subirla. Io credo che anche il giudizio di *purgazione ipotecaria* debba considerarsi *necessario*. È bensì vero che un elemento di spontaneità esiste in questo che il patrimonio del pupillo può o non può purgare il fondo dalle ipoteche: ma non si ha più facoltà quando il non fare una cosa, ha per conseguenza un danno certo e irreparabile.

In tutti questi casi le forme attuali, create a benefizio del patrimonio pupillare, non hanno più vigore in presenza del diritto altrui che reclama l'applicazione delle norme comuni.

Del resto, semprechè l'alienazione sia volontaria, il rito speciale della vendita degli immobili dei minori nel sistema francese è imprescindibile. Ha detto Marcadé, « c'est « une vente qu'il s'agit: elle ne peut se faire « qu'en justice, avec les formes spéciales indiquées du Code de procédure » (*Résumé de titre des mineurs*, num. 17). Se questo è il volere del legislatore, può dubitarsi di soverchio zelo; le formalità troppo pesanti fanno anche perdere dei buoni affari; hanno l'inconveniente di renderli interminabili. Un proprietario limitrofo, invaghito della proprietà del minore sulla quale ha dei progetti signorili, offre una grossa somma; quel prezzo chiamasi d'*affezione*, e più non ritorna. Bisogna vendere all'asta pubblica! Intanto il capriccio di quel signore intiepidisce; o si rivolge ad un altro fondo che gli sta a costa dall'altro lato, e a quello prodiga il suo danaro. Egli non è uomo da rompersi il capo in una gara d'incanto; si vende intanto l'immobile col rito privilegiato, e si raccoglie metà del prezzo che era stato offerto. Prudentissimo il legislatore italiano ha dettato l'articolo 297. « Nell'autorizzare vendite d'immobili il consiglio (di « famiglia) determinerà se esse debbano farsi « ai pubblici incanti, o per offerte private », migliorando nella forma e rendendo più generale la disposizione dell'articolo 334 del Codice civile albertino (2).

2. *Regolamento della vendita ordinata dal tribunale.*

Nella più grave bisogna della vendita d'immobili quelle facoltà direttive che sono affidate all'ufficiale procedente nella vendita dei mobili, sono trasportate nel tribunale.

Stabilire le condizioni della vendita, significa che il tribunale può apporne di tali che *non sarebbero ammesse* in tema di esecuzione forzata. La vendita è volontaria; la legge permette maggior libertà al venditore che fa uso spontaneo della sua proprietà, e si occupa meno dell'interesse generale. Aggiungo (osservazione assai grave sulla quale avrò occasione di ritornare) che la vendita volontaria dell'immobile è ben lontana dal produrre tutti quegli effetti giuridici che sono inerenti alla vendita necessaria e forzosa. Quindi l'accollazione dei debiti ipotecari esistenti; i modi con cui dovranno esercitarsi certe servitù attive; il rispetto che dovrà aversi ai diritti di servitù passive; certe particolari riserve di uso e godimento del proprietario alienante (supponiamo ch'egli continui ad essere proprietario di un podere o di un edifizio limitrofo), e via discorrendo, sono condizioni che niente vieta di apporre, purchè siano bene spiegate nell'atto che si porta alla cognizione degli offe-

(1) Il cui dominio diretto, secondo il gius quiritale, non apparteneva al suo proprietario.

(2) Tale deliberazione non è meno soggetta alla omologazione del tribunale (art. 301 del Codice civile); il motivo è più forte in causa dello stesso modo eccezionale adottato dal consiglio.

renti cioè nel bando, che raffigura nel contratto la pagina obbligatoria del venditore.

Nel capoverso si parla di *giurisdizioni di tribunali*, ecc., ma soltanto per indicare i luoghi della vendita; la giurisdizione dei tribunali non vi è punto impegnata come nelle vendite forzose. Lo stesso *perito*, lo stesso *uffiziale*, può sopperire a più vendite non compiendo funzioni importanti giurisdizione. Il tribunale, per ciò che lo riguarda, fa atto di giurisdizione volontaria; nel decreto del tribunale è rappresentata la volontà della parte di cui il magistrato è, per così dire, la splendida personificazione.

3. *Del processo di omologazione.*

L'intervento del pubblico ministero si ritiene sempre necessario. L'atto del consiglio di famiglia si presenta al presidente, che con ordinanza appiedi della medesima ne ordina la comunicazione al pubblico ministero, e delega un giudice per farne la relazione a giorno determinato in camera di consiglio. La pronuncia della omologazione, ossia dell'approvazione dell'atto consigliare, è la dichiarazione fondamentale della sentenza; viene quindi la nomina del perito o dei periti, e la specificazione delle condizioni della vendita. Non si notifica, ove non ci siano parti dissenzienti.

Articolo 826.

Il perito o i periti fanno la loro relazione giurata secondo le norme stabilite nel § IV, sezione IV, capo I, titolo IV del libro primo.

Il giuramento è prestato davanti il giudice o uffiziale delegato, contemporaneamente alla relazione, e se ne fa risultare con un solo atto.

Annotazioni.

L'articolo 259 ordina la prestazione del giuramento *prima della operazione*. Il giuramento *anteriore crea nell'animo dei periti una predisposizione* a trattare le cose nel senso della più scrupolosa verità; il giuramento *posteriore* al fatto può essere suggerito dall'amor proprio; qui la legge si contenta del giuramento *contemporaneo*, alla presentazione della relazione: ossia dopo di essa. La relazione è *unica*, e formata secondo le norme dell'articolo 264. Tutte le altre regole del § 4 appartengono al metodo giudiziario.

Non è applicabile neppure la regola dell'articolo 253. Se l'immobile o gl'immobili giacciano in diversi distretti pretoriali o di tribunale, si possono nominare *due o più periti*; ma s'intende sempre non più di un perito per singolo distretto.

Articolo 827.

L'uffiziale incaricato della vendita l'annunzia con bando stampato, da pubblicarsi e affiggersi:

1° Nella città in cui è il tribunale che ha autorizzato la vendita, alla porta esterna della sede del tribunale medesimo e a quella della casa comunale;

2° Alla porta esterna della sede del tribunale e della pretura nella cui giurisdizione sono situati i beni, e alla porta della casa comunale del luogo in cui il minore ha il domicilio;

3° Alla porta dell'uffizio del notaro, se sia stato incaricato della vendita un notaro;

4° Nel mercato del comune in cui deve farsi l'incanto, o del comune più vicino, se in quello non vi sia mercato;

5° Alla porta delle case e fabbriche da vendere.

Estratto sommario del bando deve inoltre inserirsi per due volte nel giornale degli annunzi giudiziari.

Le pubblicazioni, affissioni e inserzioni possono principiarsi trenta giorni prima di quello stabilito per la vendita, e devono essere compiute almeno dieci giorni prima di essa. Se ne fa risultare nel modo indicato dall'art. 669.

Articolo 828.

Il bando deve contenere:

1° L'indicazione del decreto che ha autorizzato la vendita;

2° La descrizione degli immobili posti in vendita a norma del numero 1° dell'articolo 666;

3° L'indicazione del prezzo stabilito dalla perizia e delle condizioni della vendita;

4° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza del minore e del tutore;

5° Il nome dell'uffiziale incaricato della vendita;

6° Il giorno, l'ora e il luogo della vendita.

Annotazioni.

1. All'epoca del progetto di riforma del Codice del 1807 (Pascalis, anno 1838) la formalità della perizia fu oggetto di forti discussioni; parve spesa superflua, non rare volte sproporzionata all'importanza della vendita; si domandò da molte parti la soppressione dell'antico art. 955. Gli obbietti si trovarono ragionevoli, onde nacque il nuovo articolo 955 del Codice di procedura francese. Il tribunale ricerca primieramente *l'avis des parents*, interroga i titoli di proprietà, i contratti d'affittanza, i libri dei carichi fondiari; e ne prende norma a proporre il prezzo sul quale aprire l'incanto. Può anche ordinare la perizia, ma per sussidio, mancandogli dati sufficienti. Il nostro sistema è migliore. La vendita può farsi privatamente, secondo il citato art. 297 del Codice civile; e qui casi senza numero nei quali non sarà d'uopo di perizia. Se la vendita si eseguisce per mezzo dell'asta pubblica, ciò mostra che l'oggetto è di grave momento: la perizia appaga la coscienza del magistrato e l'interesse degli oblatori; è sempre una base meglio definita. Ne segue che fra le proposte del bando, al nº 3 dell'articolo 820, si trova doversi indicare il *prezzo stabilito nella perizia*.

2. La compilazione del bando è opera dell'uffiziale incaricato della vendita, del cancelliere cioè o del notaio; oppur anche di uno dei giudici del tribunale per le vendite di maggior rilievo (articolo 825).

3. La vendita, qualunque sia l'uffiziale procedente, si adempie sempre sotto il presidio del tribunale; quindi ha luogo la nomina di un procuratore (causidico) della parte istante. Quando gli atti di vendita dovessero praticarsi avanti un tribunale altro da quello che la ordinava, ivi pure la parte istante dovrà eleggere procuratore.

Articolo 829.

L'incanto è aperto colla lettura del bando dato dall'uffiziale incaricato della vendita.

Se non sia fatta offerta maggiore del prezzo indicato nel bando, l'uffiziale ne fa menzione nel processo verbale, e trasmette questo in originale al tribunale che autorizzò la vendita.

Il tribunale può ordinare che l'incanto sia riaperto su prezzo minore, che stabilisce, assegnando un termine non minore di giorni venti, entro il quale la vendita dovrà aver luogo.

Autorizzato il nuovo incanto, il processo verbale è restituito all'uffiziale incaricato della vendita. Il nuovo incanto deve essere annunziato almeno otto giorni prima di quello stabilito per il medesimo, con altro bando che sarà pubblicato, affisso e inserito una volta sola a norma dell'art. 827.

Annotazioni.

1. Secondo l'articolo 459 del Codice civile francese la vendita deve eseguirsi *in presenza del tutore surrogato* (protutore). Il nuovo articolo 962 della procedura francese, uscito cioè

dalla riforma del 1841, quasi interpretando l'articolo 459 del Codice civile, dichiara che « le subrogé tuteur du mineur sera appelé à « la vente ainsi qu'il le prescrive l'article 459 « du Code civil », *con avvertimento* che sarà proceduto in sua presenza, o *anche in sua assenza*. L'idea si venne dunque modificando. All'incontro l'articolo 330 del Codice civile albertino ne faceva un precetto: « La vendita « seguirà all'asta pubblica *in presenza del pro- « tutore* ». Del tutore non parla, ma del suo intervento, più o meno necessario, attestavano gli articoli 985, nº 4, e 986 della procedura. Otto giorni almeno prima della vendita doveva il bando notificarsi al protutore per tutti gli effetti *dichiarati nell'articolo* 969. Il protutore che non si presentava all'asta o di persona, o per mezzo di speciale procuratore, sottostava *a tutte le spese cagionate dalla sua assenza;* ed occorrendo, *ai danni ed interessi verso il minore* (art. 982). La presenza del tutore sembrava meno interessante di quella del protutore: e si organava una specie di controllo da cui spirava somma diffidenza della condotta del tutore. Quella legge degradante non è stata riprodotta nel Codice italiano.

2. *Della ostensione dei titoli di proprietà.* L'articolo 956 (riformato) della procedura francese ordina: « *La minute de rapport sera « déposée au greffe du tribunal* ». E nell'articolo 957 questa condizione è viemmeglio dichiarata. « Les enchères seront ouvertes sur « un cahier des charges déposé par l'avoué « au greffe du tribunal, ou dressé par le no- « taire commis, et déposé dans son étude, si « la vente doit avoir lieu devant notaire. Ce « cahier contiendra: 1º l'énonciation du juge- « ment qui a autorisé la vente; 2º *celle de ti- « tres qui établissent la propriété* ». Scrivendo io intorno ai Codici di procedura piemontesi, nella parte relativa del *Commentario al Codice sardo* (vol. I, parte II, nº 285) mi permisi qualche censura sull'inqualificabile silenzio di quei Codici intorno alla indicazione e comunicazione dei documenti che i terzi dovrebbero necessariamente conoscere per aderire all'acquisto della proprietà del minore. Non so spiegarmi la riserva in cui si mantiene anche il nuovo Codice sopra questo punto. Eppure in fatto di vendita giudiziale l'*offerta della comunicazione dei titoli, mediante deposito in cancelleria*, è uno dei requisiti del bando venale (art. 665, nº 4). Il continuato silenzio dei nostri Codici è forse indizio di esclusione o di non volere? Io non posso a veruu patto persuadermene. Non è tampoco prescritta la comunicazione della perizia, e questo è veramente troppo. O l'omissione è dimenticanza; ovvero si è creduto esser la cosa tanto ovvia e naturale, da non aver mestieri di precetto legislativo. E così vogliamo ritenere; e supplendo, diciamo, che il decreto del tribunale, la perizia e i documenti della proprietà, titoli derivativi, certificato ipotecario, estratto di catasto, e quant'occorre alla completa cognizione degli acquirenti, saranno visibili in cancelleria o nello studio del notaro (se un notaro è incaricato della vendita) dal momento dell'affissione del bando.

Avverto di passaggio che la legge non indica quale autorità abbia a fissare il giorno in cui avrà luogo la vendita. È incarico dell'uffiziale redattore del bando; appartiene all'esecuzione. Indirettamente veniamo a conoscere che il termine della durata del bando *non può esser minore di trenta giorni* (art. 827, ultimo capoverso).

3. *Deserzione dell'incanto.*

L'articolo dice, *se non sia fatta offerta maggiore del prezzo indicato nel bando:* ma può anche non esservi offerta: mancare ogni concorso di oblatori, forse impedito dall'intemperie, da pericoli di briganti, da forza maggiore. Se questo caso si verificasse, l'incanto potrebbe rinnovarsi colla stessa proposta di prezzo. La *mancanza assoluta* che non avesse per causa un impedimento di forza maggiore, non potrebbe interpretarsi che prodotta da una proposta di prezzo troppo elevata. Anche in questo caso sarebbe applicabile il disposto del nostro articolo 829, capoverso 2º.

4. *Della proposta di prezzo del nuovo incanto.*

L'art. 963 del Codice di proced. franc. concede per la *diminuzione del prezzo* un lato arbitrio al tribunale, usando l'espressione: « Le « tribunal pourra ordonner, par simple re- « quête en chambre de conseil, que les biens « seront adjugés *au dessous de l'estimation* ». Ossia *à tout prix*, insegnarono gl'interpreti, memori che il relatore alla Camera dei pari (nell'occasione della riforma) aveva dato come cosa positiva la facoltà che l'articolo 963 attribuiva ai giudici, di permettere l'accettazione di qualunque offerta (Persil (fils), *Commentaire*, nº 548; Paignon, tom. II, nº 237; Rogron, pag. 1086). Il nostro legislatore, sull'esempio del Codice sardo del 1859, ha studiata la propria espressione per far intendere che ciò non può stare. « Il tribunale può ordinare « che l'incanto sia riaperto su prezzo minore, « *che stabilisce* » (capoverso 2º dell'art. 829). E con ragione. Abbiamo visto abbassarsi il prezzo di grado in grado per l'articolo 675; ma allora la vendita è *necessaria.*

5. *Del secondo incanto.*

Non occorre il dire che l'incanto è obbligatorio tosto che si presenti offerta superiore al prezzo (1); che non è più lecito il pentimento; che non si può rompere a mezzo l'operazione della vendita, nè rinviare gli offerenti ad altra udienza per cominciare da capo; che la buona fede dei contratti vi si oppone inesorabilmente. Di sopra io affermai lo stesso principio, per verità indiscutibile. Vi ritorno per avvisare che fu ritenuto altrimenti da qualche opinione autorevole nata sotto l'impero del Codice francese, che autorizza la protrazione dell'incanto *per cause gravi:* opinione respinta dal Chauveau (quest. 2502 duodecies). *Ma lo stesso secondo incanto,* ossia la rinnovazione dell'incanto, *non è obbligatoria;* la vendita può abbandonarsi o eseguirsi con altri mezzi.

Se non riesce neppure il secondo incanto, l'affare sembra arenato; il terreno legale non offre più traccia; non era così per quelle legislazioni più rilasciate che permettevano la vendita ad ogni costo. Ciò darà molto a riflettere al consiglio di famiglia al quale dovrà riportarsi ogni ulteriore proposito, stante che il tribunale ha compito l'ufficio suo. È possibile che il prezzo proposto sia ancora sollevato, che le condizioni si trovino onerose o imbarazzanti, che si tema un soverchio cumulo d'ipoteche e il compratore preveda dei pericoli. Ma non vi è mai prescrizione di modo o di tempo in atti volontari. L'asta potrà ritentarsi o in migliorate circostanze commerciali, o con diverse condizioni; ma dovrà ricominciarsi la tela, e ritessere la procedura dal suo principio.

Articolo 830.

Per le spese della vendita si osservano le norme dell'articolo 684 in quanto siano applicabili, salvo che il tribunale abbia provveduto altrimenti col decreto d'omologazione.

Annotazioni.

L'articolo 684 al quale siamo rinviati dispone che le spese della *sentenza di vendita,* della *tassa di registro* e della *trascrizione della sentenza,* sono a carico del compratore. Ma deve forse in fatto di vendita volontaria pronunziarsi una sentenza? L'art. 833 dice assolutamente di no; e ne tien luogo il *processo verbale,* che è il documento solenne della vendita stessa.

Vero è che l'articolo aggiunge una riserva e una limitazione: *in quanto quelle norme siano applicabili; e in quanto il tribunale non abbia provveduto altrimenti.*

La riserva ha tutta la ragione di essere in quella parte ove l'articolo 684 accenna ad una sentenza che qui non ha luogo. Ma il *processo verbale,* che è il titolo formale dell'acquisto, è soggetto alla tassa di registro ed alla trascrizione. Ebbene queste spese incombono per regola al compratore.

La vendita può esser *dichiarata nulla,* come vedremo più avanti, quindi possono aver luogo le restituzioni enunciate nel primo capoverso dell'articolo 684.

È applicabile il terzo capoverso. « Le altre « spese ordinarie del giudizio sono anticipate « dal compratore, salvo il prelevarle sul prezzo « della vendita? » Certamente; e deve così intendersi nelle cose ordinarie. Nascendo contestazione, sono eziandio applicabili i due seguenti.

Ma il tribunale può aver *provveduto altrimenti,* caricando cioè le spese al venditore, forse per rendere più agevole il concorso e le offerte (*V.* le ANNOTAZIONI all'art. 831).

Articolo 831.

Per le vendite regolate in questa sezione devono osservarsi le disposizioni degli articoli 671, 672, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 692, 693 e 694, in quanto siano applicabili, sotto le modificazioni seguenti:

1° Le attribuzioni conferite dall'articolo 672 al presidente del tribunale spettano all'uffiziale incaricato della vendita;

(1) Se l'offerta *è pari alla stima,* credo sia in facoltà dell'uffiziale, preside dell'incanto, accettare la offerta stessa *se maggiore di ogni altra.* Ma non erede averne l'offerente diritto, eccettochè il bando non lo dichiari, il che sarebbe per lo meno insolito.

2° Se l'uffiziale delegato sia un cancelliere di pretura, o un notaro, spetta a lui di far seguire l'inserzione indicata nell'articolo 679, e di ricevere l'atto di aumento di cui nell'articolo 680;

3° Se il compratore nei giorni venti dalla scadenza dei termini all'uopo stabiliti non giustifichi aver adempiuto gli obblighi portati dalla vendita, il tribunale che l'autorizzò ordina sull'istanza del tutore, citato il compratore, la rivendita dei beni a spese e rischio di esso compratore.

La rivendita è fatta sul prezzo stabilito dal tribunale nel termine che assegna nella sentenza, non minore di giorni venti, previa pubblicazione, affissione e inserzione di nuovo bando da farsi una volta sola, otto giorni almeno prima di quello stabilito per la rivendita, in conformità dell'articolo 827.

Il bando deve pure notificarsi al compratore otto giorni prima di quello stabilito per la rivendita.

Annotazioni.

1. *Veduta generale dell'articolo* 831.

Astraendo dai fatti che rappresentano la iniziativa della vendita, regolati dalle leggi fra loro armonizzanti del Codice civile e della procedura che hanno riferimento affatto speciale all'interesse del minore, e posta una base valida all'alienazione, vi è un momento in cui dalla sfera dei privati consigli dei direttori del patrimonio, l'affare trapassa, per così esprimermi, alla luce esteriore, e si manifesta con un invito al pubblico. Il processo non si spoglia degli elementi caratteristici e propri della sua natura, come verremo notando per via, ma era d'uopo collocare sotto le norme generali quelle parti di diritto rituale o sostanziale che statuiscono le guarentigie delle vendite giudiziali. Quindi i numerosi richiami che veggonsi nel primo periodo di questo articolo onde si impongono regole e conseguenze giuridiche per le quali ciò che dapprima fu volontario dal lato del minore, passa in necessario e, per rispetto alla buona fede dei terzi, subisce anche gli effetti di un cattivo consiglio o di una illusione (1).

2. (Articolo 671). *Differimento dell'incanto per caso inopinato o di forza maggiore.*

Fra *differimento* dell'incanto e *rinnovazione* dell'incanto il divario è palese; *si rinnova* l'incanto qualora la prima sua fase sia terminata, con o senza effetto. Tentato lo esperimento, e durato quel tempo che si conviene, se riesce, essendosi mostrate offerte superiori al prezzo proposto, vedremo quello che dovrà farsi; se non riesce, vale dire o non ci siano offerte, o non siano superiori al prezzo proposto nel bando venale, io ho messo avanti un mio convincimento, che possa ritenersi sufficientemente esaurito l'impegno in faccia al pubblico, e la proposta di vendita possa anche ritirarsi (nota n° 5, all'art. 829).

Quanto alla causa del differimento l'art. 671 si esprime in modo generico ma significativo: « quando l'incanto *sia ritardato da qualche incidente* » cioè da fatto estraneo alla volontà del vendente; il che non esclude la facoltà di trasportare l'udienza *per ragionevole causa* (2). Prima che abbia luogo l'udienza, ma aperto l'incanto, non può più interrompersi. Incanto *ritardato* è incanto *non seguito;* bisogna nondimeno rifare tutto l'apparecchio della pubblicità giusta le norme dell'art. 671; ma otto giorni devono bastare fra il compimento di quella e l'udienza nuova. In questo la vendita volontaria e la necessaria si pareggiano. Se l'incanto invece è *deserto*, variano le conseguenze; e nel secondo caso, di vendita cioè necessaria e forzata, l'effetto è quello stabilito dall'articolo 675, che non è fra i richiamati dal nostro articolo 831 (3).

3. *Dell'aumento del sesto.*

Il tribunale non fa che dichiarare la base del prezzo proponibile ai compratori: il tribunale non vuole, nè può, privare il minore del vantaggi che promette una riprova stanziata dalla

(1) Se la proposta fosse stata erroneamente formata in guisa che il prezzo fosse troppo inferiore al giusto, la buona fede della vendita pubblica la porrebbe al sicuro da ogni attacco, malgrado il favore della minor età. La disposizione dell'art. 1536, capoverso, del Codice civile, è generale.

(2) Altrimenti si potrebbe esporre a qualche amenda: per esempio se uno avesse fatto un viaggio per accedere all'asta e incontrate delle spese.

(3) Il creditore che ha fatta la prima offerta acquista il fondo *per il prezzo portato dal bando*, ecc.

legge per ogni maniera di vendita giudiziale. Giunte le cose a questo punto, non è più in facoltà del consiglio di famiglia l'arrestarsi, non può abbandonare l'operazione, la quale senza il nuovo esperimento rimane incompleta: la vendita fatta, essenzialmente condizionale, non può mutarsi in definitiva; la nullità sarebbe evidente.

La legge dell'*aumento del sesto* ha il suo lato favorevole al compratore. Le offerte eziandio superiori alla sua non approdano, se non giungano al sesto di più. Le offerte tardive, le offerte eccitate da nuove pubblicazioni, non hanno quel valore che avrebbero se contemporanee e nel giro del primo incanto. Il primo compratore non ha acquistata definitivamente la proprietà, ma ha acquistata una posizione utile per conseguirla. È una legge sapiente e giusta che si è voluto tener ferma. Ma ora ci si presenta una variazione di grande importanza.

In fatto di vendita forzosa chi offre il sesto di più non è ancora il compratore definitivo (articolo 681), anzi non si considera neppur compratore: l'aumento del sesto è proposto fuori dell'asta pubblica, ed è piuttosto la condizione onde aprire un secondo incanto sopra un dato di prezzo così notabilmente accresciuto. È noto che chi ha fatto l'aumento non diventa compratore che nell'evento di non essere soverchiato da un'altra offerta che avanzi la sua (art. 682). Ma il testo dell'articolo 831 limita il suo richiamo all'art. 680. *Adunque il secondo incanto non ha luogo*. Io sento un dubbio, che tale determinazione della legge non sia stata bene considerata. Il minore che deve per giustizia sottostare alla regola comune che non permette di trar vantaggio da un'offerta che non agguagli un sesto di più, è così privato di quel maggiore vantaggio che si può sperare dal pubblico concorso, e che infine è il criterio economico che fa preferire questo modo di alienazione ad ogni altro. Parmi anche non essersi posto mente, che sono state bensì adottate le disposizioni degli articoli 679 e 680, ma non si è adottato il sistema. Il sistema così rimane incompleto e, direi, monco. Vengo dall'osservare che l'aumento del sesto nel processo ordinario *non è che una condizione per rinnovare l'incanto*. E qui chiude il processo di vendita, benchè, secondo l'articolo 680, sia atto unilaterale, *che si fa avanti il cancelliere* e che questi *presenta di poi al presidente nei tre giorni successivi*: sul quale atto il presidente scrive il giorno dell'udienza del nuovo incanto. Quest'ultima parte dell'operazione è tagliata via dall'articolo 831, che non fa, come si disse, il menomo appello all'art. 681. Eccoci pertanto in una strana condizione di cose. Tanto più strana, che si trova bene della difficoltà per coordinare a tutto questo il disposto dell'art. 833, non vedendosi in qual modo applicare la sua lettera, *che il processo verbale della vendita all'incanto vale titolo traslativo della proprietà*.

Insomma chi ha fatto in cancelleria (1), senza ulterior gara e fuori del pubblico concorso, l'aumento del sesto, diventa il compratore definitivo; salvochè il primo compratore cautelandosi da questa specie d'insidia, non faccia pure nella stessa guisa un'offerta, che se per caso si troverà maggiore, gli sarà profittevole.

Se le due offerte fossero pari, sarà forse preferibile quella del compratore? Ciò non trovo scritto. Io mantengo ciò che dissi trattando dell'articolo 680, e che del resto è nella parola della legge, preferirsi l'offerta del più diligente.

Ma io credo che in questo caso il processo verbale dovrà farsi in cospetto del tribunale, che riconoscerà la legittimità della maggiore offerta, alla quale il cancelliere col semplice ricevimento dell'atto non avrebbe potuto dare sanzione.

4. *Della rivendita.*

Il richiamo dell'articolo 692 e dei due seguenti ci conduce a questo esame.

Io deploro che sia stata aperta al patrimonio del minore questa prospettiva di liti, quando ogni pericolo avrebbe potuto evitarsene obbligando il compratore a depositare immediatamente il prezzo che è sempre la principale obbligazione della vendita; e non so capacitarmi come il compratore debba godere *di un ulterior termine di venti giorni per giustificare di aver adempito* alle sue obbligazioni.

a) Da qual punto decorrono i venti giorni? Quali sono i termini *all'uopo stabiliti*, dopo i quali l'ulterior termine comincia?

b) Nel successivo capoverso abbiamo un altro viluppo di termini. Vediamo di chiarirli.

Riassumiamo il processo un po' indietro. Si è fatto l'incanto, e vi è stato un compratore, uno cioè che ha offerto di più della stima. Siccome può aver luogo l'esperimento di sesta (come dicesi in alcune pratiche) così quel

(1) Ovvero nello studio del notaio, secondo il num. 2 dell'articolo 831.

compratore condizionale non ha degli obblighi da adempiere, ma sta aspettando. Supponiamo che l'aumento del sesto non si faccia. Il primo oblatore diventa compratore definitivo. Ma ciò non si verifica che spirati i *quindici giorni* indicati nell'articolo 680.

L'editto di vendita poteva contenere o non contenere un termine *per l'adempimento della condizione della vendita*, cioè del pagamento del prezzo principalmente. Se vi è termine, questo termine, che diremo contrattuale, non comincierà a decorrere che dopo i quindici giorni prescritti dall'articolo 680, dato sempre che si abbia cura di notificare al compratore che l'esperimento di sesta è andato deserto. E non sarà che decorso il termine contrattuale, se c'è, che comincieranno a decorrere i venti giorni di comodo, o termine di mora, che assegna il nostro articolo 831.

Supponiamo invece che un Tizio qualunque abbia fatto l'aumento del sesto nel tempo e modo presignato dall'art. 680. Egli è il compratore. Ho detto che la sua offerta dovrà essere riconosciuta dal tribunale. Il tribunale potrà anche assegnargli un termine a pagare. Ebbene, scorso il termine del giudice, comincierà quello della legge; comincieranno cioè a decorrere i venti giorni che sono dati a purgare la mora, nel giro dei quali il pagamento dev'essere eseguito in mano al tutore.

Tutto questo tempo anche decorso, il tutore fa quella istanza che nel testo è dichiarata.

Il tribunale ordina la nuova vendita, fissa il giorno dell'udienza sempre al di là dei venti giorni, e d'ordinario sarà un mese. Ma otto giorni prima dell'incanto le formalità della pubblicazione devono esser compite, e il bando notificato al compratore.

c) La *forma del bando* sarà quella dell'articolo 828 colle convenienti modificazioni. Il modo delle pubblicazioni seguirà il dettamento dell'articolo 827; se non che basterà una sola inserzione nel *giornale degli annunzi giudiziari*.

d) *La rivendita*, dice il testo, *è fatta sul prezzo stabilito dal tribunale*. E qui non è facile l'intenderci. Nell'articolo 689, che sarebbe normale in fatto di *rivendita* o *reincanto*, come dicevasi, questo doveva riaprirsi *sulla misura del prezzo della vendita precedente*. Ed è più che giusto. Difatti o il tribunale permette la nuova vendita *sopra una base di prezzo minore*, pregiudica le ragioni del pupillo, che ha tutto il diritto di riavere lo stesso prezzo che è stato obbligatoriamente offerto; o vi appona un prezzo maggiore, offende la ragione del compratore moroso, di cui non deve aggravarsi l'obbligazione. È dunque mestieri interpretar questa legge nel senso che il tribunale ordinerà la enunciazione *edittale* del *prezzo esibito e non pagato*, come punto di partenza del nuovo incanto: e non avrà facoltà di variarne la misura.

e) Questione *se giustificando il compratore prima del nuovo incanto l'adempimento delle sue obbligazioni*, e aggiungendovi le spese, possa redimersi: ossia se l'articolo 691 sia applicabile, sebbene non abbia avuto l'onore di un ricordo nel presente. Non vi è ragione, secondo me, per risolvere altrimenti.

f) Abbiamo un espresso rinvio agli articoli 692, 693, 694, che ci valgono a conferma della proposizione testè accennata sul rapporto del prezzo. Se non che la *forma di procedere* è temperata dalle norme speciali del presente capitolo.

Si ripete pertanto tutto il processo; seconda edizione del precedente sul tipo particolare che siamo venuti fin qui descrivendo. È possibile una terza edizione e anche una quarta, se hanno valore le ponderose avvertenze che abbiamo fatte sull'articolo 689, non trovandosi mai innalzata nella legge quella diga che dovrebbe impedire le nuove deficienze degli aggiudicatari, e le nuove rivendite.

g) Ultima osservazione, e non indifferente, sull'art. 694, al quale pure ci riportiamo. Nello strano supposto che siasi venduto il fondo senza ritirare il prezzo per il corso di anni tre, quantunque si dovesse pagar subito, il procedimento che andrà ad istituirsi contro il compratore, *sarà condotto colle norme generali delle esecuzioni immobiliari*, o *avranno anche luogo quelle speciali alle vendite dei beni dei minori?*

Rispondo: colle norme generali e comuni. Il possesso di tre anni ha costituito al compratore la posizione di proprietario definitivo, e deve trattarsi come ogni altro debitore colpito da esecuzione sui propri beni. Inoltre il patrimonio del minore in quel caso fa una vera esecuzione, o quindi procede alla vendita forzosa; l'elemento volontario, riguardo al quale alcuno speciali norme di procedere sono create, più non esiste.

Articolo 832.

Il processo verbale di rivendita, oltre le indicazioni prescritte nell'art. 822, deve contenere una distinta menzione di quanto siasi operato in adempimento delle disposizioni precedenti.

Il processo verbale è sottoscritto a norma dell'articolo 822. Se la rivendita sia seguita davanti un giudice, il processo verbale è sottoscritto anche dal cancelliere che vi ha assistito.

Articolo 833.

Il processo verbale della vendita all'incanto vale titolo traslativo della proprietà, e produce l'effetto di vendita volontaria tra maggiori di età.

Annotazioni.

Questo dettato è eminentemente logico. Che si è mai fatto dal principio al fine? Un contratto. Il tribunale è intervenuto, *esercitando un atto di giurisdizione volontaria*. Le deliberazioni del consiglio di famiglia, l'adesione del tutore, il decreto del magistrato, sono altrettanti elementi o fattori, se crediamo dir meglio, che costituiscono un atto della volontà che si attribuisce allo stesso minore in modo obbligatorio. È osservabile che il tribunale non solamente *autorizza*, ma *omologa* (1): tutto questo insieme non è altro che il consenso legittimo prestato dal minore alla vendita. Nelle vendite forzose che si fanno all'asta pubblica, il tribunale pronunzia una sentenza, perchè è lo stesso tribunale che vende, e così concorre nell'atto di vendita proclamandone gli effetti: le sentenze sono il linguaggio dei tribunali. Qui non si richiede che il concorso del tutore e un processo verbale.

Perciò le condizioni e le modalità della vendita sono o possono esser tante quante sono quelle che si stipulano in una convenzione. È raro che si autorizzi la vendita di fondi scevri d'ipoteche; per lo più si tratta di fondi imbarazzati da debiti che non si possono pagare. Vi sono sempre delle accollazioni. Ma in tutto l'acquirente è col venditore in quel rapporto nel quale si trova ogni altro compratore a titolo privato. Dalla subasta egli non trae veruno di quei vantaggi che si ammettono al deliberamento necessario; non si opera *de jure* purgazione ipotecaria, non diventano esigibili i crediti iscritti, non si procede a graduatoria. Ma il compratore non ne risente neppure gli incomodi e le difficoltà. La sua azione d'indennità verso il venditore in caso di evizione, il suo diritto di rivalsa, è immediato a termini di ragione; e il venditore di rincontro mantiene le azioni *empti venditi* contro di lui, e le esercita direttamente per obbligarlo in ogni tempo alla esecuzione delle sue obbligazioni. Insomma *il metodo dei pubblici incanti è il mezzo per migliorare il prezzo*, e niente più: ma le parti contraenti si trovano sempre in presenza, e sotto il velo delle formalità si mutuano i consensi.

Perciò l'acquirente *non ha d'ordinario qualità di terzo*, come il compratore in fatto di vendita necessaria: e non può già dire, mi libero depositando il prezzo, qualunque sia il gravame ipotecario che pesa sul fondo (2). Come

---

(1) « Le juge qui *homologue* l'acte *dit*, en effet, « *la même chose que cet acte* »: è il senso del greco vocabolo, che abbiamo fatto nostro (Nota di Carré).

(2) Osservò in questo proposito Boitard: « Les « hypothèques subsistent donc après l'adjudication « de l'immeuble du mineur. Aussi, que devra faire « l'adjudicataire? Il sera obligé, pour purger les « hypothèques dont l'immeuble est gravé, de remplir les formalités des articles 2183 et suiv. du « Code Napoléon. Quel est le but de ces formalités? « d'avertir les créanciers inscrits de l'aliénation « de l'immeuble gravé des leurs hypothèques, et si « la somme que le nouvel acquéreur s'engage à « leur payer ne leur paraît assez élevée, de leur « donner la faculté de faire remettre l'immeuble « aux enchères moyennant une surenchère d'un « dixième ». Con questa teoria si viene a dichiarare che l'acquirente non è *sempre debitore personale*, ma può diportarsi come un terzo di fronte ai creditori ipotecari. Questo accadrà difficilmente. Egli avrebbe comprato per gli altri, dacchè dovrebbe riportare il fondo all'asta per liberarsi dai debiti ipotecari. Nondimeno può accadere, ove, comprando per un dato prezzo, avesse dichiarato di non assumere il pagamento dei debiti che sino alla concorrente di esso.

non avverrà che si voglia pagare un fondo sino a pareggiare il cumulo d'ipoteche che ne sopravanzano notabilmente il valore reale; quindi l'amministrazione del minore, se la sua condizione di diritto lo comporti, si appiglierà piuttosto al benefizio della purgazione.

Articolo 834.

Quando si tratti di beni immobili di minori emancipati, la domanda per la vendita e gli atti relativi si fanno dal minore assistito dal suo curatore, e sono indicati nel bando anche il nome e cognome, il domicilio o la residenza del curatore.

Articolo 835.

Quando si tratti di beni immobili comuni a minori e a maggiori di età, e la vendita sia richiesta dai maggiori, vi si procede nella conformità stabilita nel capo IV, titolo VIII di questo libro.

Annotazioni.

Bisogna risalire all'articolo 296 del Codice civile. « Il tutore, senza l'autorizzazione del « consiglio di famiglia, non può... *procedere a « divisioni e provocarle giudizialmente* ».

Per quanto la divisione possa essere di diritto, giustamente avvisò la legge che il tutore non avrebbe potuto di suo capo provocare una divisione, e neppur accettare il conflitto a cui fosse chiamato dai comproprietari. Vi è sempre una questione di fatto che precede. Si tratta di una divisione? Non potrebbe mascherarsi con quel nome un pretesa diversa? La divisione stessa non è sempre di diritto (articolo 984 del Codice civile, capoverso). L'articolo 835 della procedura non deroga a questi principii. Non ha altro scopo che di mostrare, le forme di questa sezione non essere applicabili in materia di divisione; nè difatti saprebbesi come applicarle, perchè non è quella una vendita, ma una delimitazione, una determinazione della proprietà comune.

Ma talvolta è necessario discendere alle licitazioni, alle vendite per effettuare una divisione, altrimenti impossibile. E allora si trova un articolo (886) che ci rinvia precisamente alle forme della presente sezione, che è cosa notevole, mentre l'articolo 835 sembra allontanarcene.

Questo stato di cose può essere una conseguenza necessaria di una divisione necessaria, ed è a vedersi se il tutore che a questa fu autorizzato dal consiglio di famiglia, *lo sia implicitamente per la vendita*. Io non converrei. Si ammette la divisione; ma non si ammette con un giudizio preventivo che il modo di effettuarla sia la vendita. La divisione può essere ed è per se stessa cosa innocua, e suole giovare a tutti gli interessati: la vendita può tornare in grave danno del patrimonio, e merita uno studio a parte: l'una cosa insomma non inchiude l'altra.

Rispetto alle forme il citato art. 886, come vedremo a suo luogo, ha creduto di adottar quelle che furono scritte per i minori, sebbene l'affare si agiti fra maggiori; vedremo con quali modificazioni.

Questioni di nullità. — 1. In tutta questa serie di disposizioni imperativo non s'incontra sanzione espressa di nullità per la loro inosservanza. Niuna ne contiene il Codice civile. Ciò fu avvertito nei dibattimenti anteriori al Codice di procedura francese. L'eccezione di nullità, si disse, suppone un processo contraddittorio, un concorso ostile, una lotta d'interessi opposti. « Il n'est pas de même quand il « s'agit de ventes d'immeublos de mineur faites « volontairement; il n'y a pas là d'adversaire, « et quand les formalités n'ont pas été rem« plies, *le mineur a été incapable d'aliéner, et « la vente peut être déclarée nulle.* C'est à l'adju« dicataire d'examiner, avant d'acquérir, si « tout est en règle. Cependant, dans l'intérêt « même des mineurs, il y aurait une excessive « rigueur à l'attacher d'avance à l'instruction « du telle ou telle formalité une nullité que, « dans ce cas, les tribunaux ne prononcent « jamais qu'en considérant l'ensemble de la « poursuite ». Con questo motivo, così chiaramente esposto, la redazione giustificava la sua astensione e il suo silenzio.

L'articolo 1406 del Codice civile albertino stanziava in generale: « Quando si sono osser« vate le formalità richieste riguardo ai mi« nori o agli interdetti, tanto nelle alienazioni « degli immobili, quanto nelle divisioni delle « eredità, *sono i medesimi considerati*, relati« vamente a quegli atti, *come gli avessero fatti*

« *dopo la maggiore età*, o *prima della interdi-* « *zione* ». L'articolo 1304 del Codice civile italiano vi corrisponde perfettamente. Il n. 3 dell'articolo 1303 mette il dito sulla nullità, e dice: « Nelle obbligazioni *dei minori l'azione* « *di nullità è ammessa... allorchè non sono* « *osservate le formalità stabilite per alcuni atti* « *con speciali disposizioni di legge* ».

Da un enunciato sì generale risulterebbe che *tutte le formalità* prescritte devono osservarsi *a pena di nullità*. Ciò sarebbe troppo; ciò oltrepassa, a mio senso, l'intenzione del legislatore. La regola superiore della sostanzialità o accidentalità delle forme è incancellabile. Ma sarebbe indagine da farsi nell'atto pratico. Riteniamo intanto il principio.

Si scorge di leggieri perchè la procedura esecutiva che favorisce l'operazione del minore non contenga sanzione di nullità. Si è detto bene: il minore va solo per la sua strada, non ha avversari da combattere; l'antagonismo, l'impegno avversativo non comincia, e non può cominciare se non quando i *rapporti di compratore e venditore* sono già nati (1). Da quel punto l'*abito dell'azione di nullità*, per così caprimermi, si crea al minore: l'esercizio di essa diventa possibile stando di fronte un contraente che ha un interesse opposto.

È dunque dal lato del compratore il più forte interesse della regolarità. Ma egli è nella singolare posizione di non potere giammai opporre l'irregolarità; non prima della compra, perchè non è ancora compratore; non dopo, perchè eziandio convenuta non potrebbe affacciare l'eccezione dacchè non gli compete l'azione secondo l'art. 1302 del Codice civile.

Il compratore adunque sarebbe ignudo di ogni mezzo d'azione, vuoi rescissoria, o di nullità. Non gli competerebbe la rescissoria per causa di lesione (articolo 1536); nè l'azione di nullità per le cose dette. È perciò il più salutare degli avvertimenti, quello che si dà al compratore, di bene studiare la regolarità del processo. La condizione però non è nuova, ma è quella che la giurisprudenza di tutti i tempi ha riconosciuta nei contratti che l'uomo di suo diritto stringe con chi non lo è, e gode di una protezione, che non può estendersi agli altri contraenti.

2. Se prima di pagare il prezzo, ma dopo l'offerta obbligatoria, il compratore venisse in cognizione che il processo ha dei vizi che potrebbero anche annullarlo, avrebb'egli diritto di trattenersi il prezzo quasi per lo pericolo di evizione?

Si cita una decisione della corte di Agen (10 gennaio 1810), che stabilì potere il compratore differire il pagamento del prezzo sino all'accurata ispezione di tutti gli atti; della quale giurisprudenza sarebbe conseguente necessario, che trovandosi gli atti irregolari, si potrebbe anche recedere dall'acquisto. Confermano questa dottrina Paignon, tom. II, num. 254, Persil (fils), *Commentaire*, n. 556.

Questa giurisprudenza non è stata ricevuta e non ha ragione di esserlo. Altre decisioni difatti nacquero in diversi tempi in senso contrario. L'oblatore era pienamente nel suo diritto di esaminar gli atti prima di proporre l'offerta; niuno lo costringeva all'acquisto. Vi è di più. Allegando un pericolo d'evizione l'aggiudicatario non sarebbe ascoltato (2); non sarebbe ascoltato qualora si producesse in via di azione, non trattandosi di vizi latenti, ma di tali ch'egli avrebbe sempre il torto di non aver verificati. Ma da ciò è logico il concludere, che se i vizi della cosa furono tenuti nascosti, e non si scopersero che posteriormente, azioni di nullità o almeno di opportuna garanzia competono al compratore.

(1) Se le irregolarità che si manifestano nel corso del processo sono tali che le garanzie stesse dell'interesse del minore si veggano compromesse, il processo potrà regolarizzarsi, riassumersi, rifarsi nella parti viziose, per atto del consiglio di famiglia o previdenza del tutore che, anche non autorizzato, farebbe *rem utilem*, tintantochè il fondo non fosse deliberato.

(2) Perchè gli si direbbe: chi ti sforza ad acquistare?

TITOLO VI.

DELL'INTERDIZIONE E DELL'INABILITAZIONE.

Articolo 836.

La domanda d'interdizione o d'inabilitazione è fatta con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona, contro la quale è proposta.

Nel ricorso devono essere esposti in articoli i fatti sui quali si fonda la domanda, e indicarsi i testimoni informati.

Se vi siano documenti giustificativi, si uniscono al ricorso.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

1. **Introduzione.** — L'*interdizione* è lo stato negativo di un maggiore di età, o di un minore emancipato (articolo 324 del Codice civile): la parola suona *privazione* di un diritto che si possiede: del prezioso diritto della personalità civile. Il minore di età non è *interdetto* perchè non è privato di ciò che non ha potuto ancora conseguire, ma che è in via di conseguire crescendo gli anni.

La minore età n'è condizione naturale: quindi la legge ha preparato d'avanzo i suoi presidi tutelari; figlio, ha raffermata l'autorità di natura moderandone l'abuso; orfano, lo ha dato in guardia ai congiunti più prossimi, ma tenendo con mano robusta il freno, perchè sa che nullo amore agguaglia l'amor paterno. L'organo della legge non aveva nulla da pronunziare per determinare questo stato della persona: solo doveva contribuire alla sua incolumità e benessere. L'interdizione invece non comincia ad esser un presidio e una difesa, se non dopo essere stata una restrizione della libertà personale. La condizione dell'interdetto è anormale; ha le sue cause nel disordine fisico o morale; il magistrato deve pronunziarla. Da quel momento l'interdetto ricade nella tutela; ne gode tutti i benefizi colla infelicità per soprammercato.

Le legislazioni moderne hanno adottata una gradazione sconosciuta agli antichi. O la infermità della mente si manifesta come assoluta: allora è l'eclisse totale della ragione. Ovvero la condizione soltanto d'imperfezione e di debolezza; in tal caso la legge è venuta temperando i suoi rigori. Perciò dopo l'*interdizione* vi è l'*inabilitazione* (articoli 339 e seg. del Codice civile), che è una interdizione parziale, e solo per gli atti più importanti della vita civile.

Io non debbo entrare nell'esame dei motivi che hanno consigliato questo sistema, rapporto al prodigo specialmente: possono vedersi nella magnifica relazione del ministro Vacca premessa al Codice civile (1). La prodigalità eccessiva e maniaca è la distruzione della famiglia, la indigenza dei figli, l'obbrobrio della vita, il suicidio. La legge riassumendo i doveri della società civile nella sua formola, doveva reprimerla ponendovi un limite. Incontrare il giusto limite di là dal quale si viola la proprietà nell'assoluta disponibilità che è il suo carattere, non è cosa facile; ma era d'uopo lasciare tutto questo spazio in dominio del fatto e del criterio pratico. La *inabilitazione* del prodigo è una transazione fra l'autorità e la libertà; io la rispetto perchè credo che si finisca coll'esagerare o l'una o l'altra, facendo del prodigo un demente, o un uomo savio e un cittadino onesto.

2. « L'interdizione può essere promossa da

---

(1) L'illustre uomo ei fa dotti delle divisioni oate oel seno delle commissioni fra quel sistema antichissimo che melle il prodigo al livello puro e semplice del matto e del furioso, e quello dei liberali *ultra*, che lo vorrebbero sciolto da ogni freno e lasciato *correre* al suo fine disperato per ooo offendere la sua libertà.

« qualsiasi congiunto o dal coniuge e dal pub« blico ministero » (articolo 326 del Codice civile) i quali possono egualmente promuovere la inabilitazione (articolo 339, capoverso).

3. *Del tribunale competente, se quello del domicilio, o piuttosto quello della residenza quando sia conosciuta.*

Il tribunale competente non sarebbe in primo luogo *quello della residenza*, benchè la legge non parli che del *tribunale del domicilio?* Più volte ci si presenta nel Codice questo modo di esprimersi che diremo compendioso, e altro non significa fuorchè *actor sequitur forum rei*, trattandosi di azione personale. Per altro la regola che determina nella *residenza*, o dimora abituale, il primo nucleo della competenza territoriale non può variare, costituendo uno dei fondamentali principii della libertà civile (1).

L'articolo 890 del Codice di procedura francese non dichiara a qual tribunale debba presentarsi il ricorso, e se ne ha cagione di disputare. Il Demian-Crouzilhac, interpretando il silenzio della legge, dice che si è lasciato con ciò la scelta all'attore fra il *tribunale del domicilio* e il *tribunale della residenza*, secondo le prove potranno raccogliersi più proficue nell'uno o nell'altro luogo. Questa soluzione, benchè appoggiata da un'antica sentenza della corte di Bordeaux (20 germinale, anno XIII), è arbitraria. Sembra quindi migliore l'altra soluzione che decide a favore del tribunale del domicilio, avendo, se non altro, il pregio dell'unicità; ed è la più ricevuta.

Si dirà forse: non è questa della giurisprudenza francese un'autorità rispettabile, che dovrebbe farci preferire il tribunale del domicilio a quello della residenza, tanto più che ne abbiamo nel nostro articolo la significazione espressa? Risalendo ai principii del diritto citatorio quali sono posti nel Codice di procedura francese, troveremo la conferma del nostro assunto.

L'articolo 59 di quel Codice scrive così: « En matière personnelle le défendeur sera « assigné *devant le tribunal de son domicile;* « *si n'a pas de domicile, devant le tribunal de* « *sa résidence* ». La residenza in quel testo fondamentale suona *dimora;* per noi invece la *residenza* è il luogo dell'abitazione consueta ed abituale; il domicilio è il luogo ove si ritiene la maggior parte dei beni, e può non contenere l'abitazione; la dimora è la degenza momentanea ed accidentale. Con siffatte relazioni è graduata la competenza territoriale. È un concetto progressivo, adeguato al rapporto più o meno intimo che ha la persona col territorio *onde il giudice si viene quasi avvicinando alla persona stessa*, e prende perciò il nome di giudice naturale. È un concetto più raffinato che sfuggiva ai legislatori francesi, e quella dottrina è consona alla legalità nell'anteporre in così grave affare, qual è quello della interdizione, *il giudice del domicilio a quello della dimora.*

Io mi confermo pertanto che il nostro articolo 836, con un laconismo che si trova spesso usato in queste estreme pagine del Codice perchè si crede che nelle regole generali già stabilite si avrà la spiegazione di ogni dubbio, io mi confermo, dissi, che l'articolo 836 non ha voluto dettare con proposito una regola diversa da quella che è posta nei combinati articoli 90 e 139. Consultandone lo spirito, non si potrebbe ritenere altrimenti. Se dalla ragione che statuisce il diritto del convenuto si passa a quella d'opportunità, all'interesse medesimo della giustizia, l'informazione della causa non potrà meglio attingersi che nel luogo ove il preteso demente o prodigo si vede più spesso, ov'è più conosciuto, ove si possono meglio sorprendere le azioni della sua vita e le sue abitudini.

Il ricorso per via d'istanza o petizione semplice si dirige al presidente coll'organo della cancelleria (articolo 779).

4. *Se vi sono documenti giustificativi*, perchè la primaria e indispensabil prova è quella dei *testimoni informati.* La materia del loro futuro esame, ch'è la storia delle aberrazioni dell'interdicendo, è formolata e dedotta in fatti specifici e nelle più minute circostanze: solo mezzo per guadagnare la convinzione. I contratti, gli atti e le operazioni del prodigo saranno invece le prove più convincenti a suo carico.

5. *Se il giudizio formolato in questa Sezione sia sempre necessario.*

Sentiamo il Carré. « Mais dans le cas où le « ministère public poursuit d'office l'inter« diction d'un furieux, conformément à l'ar« ticle 491 du Code civil, nous pensons que « cette règle de compétence peut cesser de « recevoir son application, attendu qu'il s'agit « d'une mesure de police, et qu'il est du prin« cipe que le tribunal du lieu où un délit a « été commis est compétent pour juger » (articolo 890, quest. 2013).

(1) Il diritto di esser giudicato da' suoi giudici naturali.

Questa proposizione è stata criticata, perchè si è detto, non trattasi di un delitto commesso. Io credo che Carré non abbia addotto questo argomento che per avvalorare il suo discorso, ma il pensiero sia solo questo: che il pubblico ministero agisce o può agire verso un furioso con misure di polizia. La presente istituzione, vista dal suo lato giudiziario, suppone un uomo al quale rimanga ancor tanto della sua ragione da poter comprendere l'idea di giudizio, di magistrati, di diritti e di difesa; molte volte lo sventurato non saprà nulla di ciò che si opera intorno a lui, e sopra di lui, ma il processo deve farsi. Lo chiameremo allora processo anzichè giudizio, che non si pronunzia che fra esseri intelligenti: e tanto sarebbe proferirlo contro un demente quanto contro un morto. Ma noi vediamo contenere questo istituto due caratteri differenti; *è un giudizio*, o *semplicemente un processo di verificazione*. Se l'interdizione è provocata per vizio di mente, se la domanda è fondata, non avremo che una persona incapace di difendersi; e, se mi fosse lecito dir così dove non si ha altro scopo che di giovare, non avremo che una vittima. La *misura di polizia*, secondo la espressione di Carré, di sovente avrà preceduta la interposizione del magistrato civile; il furioso sarà già in luogo di custodia. Ma la libertà dell'uomo è sì preziosa, sì gravi le conseguenze di una interdizione, tanto ancora il pericolo d'illudersi, così necessario il toglier di mezzo tutto ciò che vi ha di arbitrario e di violento in una determinazione di questa natura, che sin dove sia possibile, devono percorrersi in ogni caso le norme giudiziarie prescritte in questo capitolo. Il tribunale può egli stesso ordinare la custodia del demente, senza pregiudizio del successivo esame; a tanto si estende l'ampiezza di quella parola *provvede*, che è scritta nell'ultimo capoverso dell'articolo.

6. *Colla morte del supposto demente cessa il giudizio.* L'interdizione è *stato personale*. Ciò non toglie agli eredi che hanno interesse, di fare annullar gli atti che fossero stati acconsentiti in quel tempo *in cui già sussisteva la causa dell'interdizione* (articolo 336 del Codice civile), di promuovere azioni di nullità, caricandosi della prova che nel citato articolo è necessaria. Tutto questo alla condizione che il giudizio d'interdizione sia stato promosso vivente l'autore di questi atti, secondo l'articolo 337 dello stesso Codice civile.

Articolo 837.

Il tribunale, se non rigetti senz'altro la domanda, ordina la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per le sue deliberazioni.

Le deliberazioni del consiglio sono depositate dalla parte istante nella cancelleria per essere unite al ricorso; il presidente stabilisce con decreto il giorno e l'ora in cui debba essere sentita la persona, contro cui è promossa l'interdizione o l'inabilitazione.

Copia del ricorso e del decreto è notificata alla detta persona nei modi prescritti per la notificazione dell'atto di citazione, nel termine stabilito dal presidente.

Articolo 838.

L'interrogatorio ha luogo in camera di consiglio.

Se per impedimento legittimo il convenuto non possa presentarsi davanti il tribunale nel giorno stabilito, il presidente delega un giudice il quale si trasferisce, coll'intervento del ministero pubblico, nel luogo in cui la persona si trova, per interrogarla.

Si fa processo verbale dell'interrogatorio che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza delle parti;

3° La data del decreto che stabilì il giorno dell'interrogatorio e la data della notificazione fatta a norma dell'articolo precedente;

4° Se sia stato delegato un giudice, la data del decreto di delegazione;

5° Le interrogazioni fatte e le risposte date.

Il processo verbale è sottoscritto dal convenuto, dal ministero pubblico, dal presidente o giudice delegato, e dal cancelliere.

Annotazioni.

1. Il tribunale *ordina la convocazione del consiglio;* il pretore, preside del consiglio al quale è rimessa la determinazione del tribunale, vi adempie passivamente.

Si dice impropriamente *deliberazione del consiglio;* il consiglio non emette che un avviso; tal è la espressione dell'art. 892 della procedura francese.

È così lontana dall'essere una deliberazione, che per essa nulla si delibera (1); contrario all'interdizione o favorevole l'avviso dei parenti, il tribunale continua il processo e passa all'interrogatorio. Si vuol dire con questo che l'avviso contrario dei parenti non esercita una influenza *necessaria* sulla mente del tribunale, più che nol farebbe l'avviso favorevole. Perciò convengo pienamente con Carré e con Pigeau nel dire che non si potrebbe prender verun mezzo impugnativo contro questa deliberazione o parere del consiglio di famiglia (2). Ma se il magistrato ricevesse tali prove, tali giustificazioni, che mostrassero all'evidenza che quel supposto prodigo è ben altra cosa; che è un brav'uomo; che fu calunniato da un invido parente che aveva interesse di spogliarlo dell'amministrazione, vi è forse qualche cosa in questo articolo che forzi il tribunale a continuare il processo, malgrado non avesse potuto prima conoscere la verità che ora gli risplende innanzi?

Ciò dipende dal sapere: 1° se l'interrogatorio *sia un atto necessario* in questo processo, e di ciò sarà discorso più avanti; 2° se ordinando la convocazione del consiglio, e richiedendo le sue risposte, il tribunale abbia pronunciato una sentenza interlocutoria, dalla quale si trovi obbligato ad esaurire tutto il processo.

Prescindo dal riflettere che il tribunale giudica in *camera di consiglio* senza citazione di parte e sopra un semplice ricorso. In questo stato di cose non comprendo una sentenza interlocutoria, capace anche di tradursi in cosa giudicata (3). Vi ha di più. Accettando la istanza, il tribunale non fa niente altro che dichiarare *che si fa luogo ad esaminare e procedere*. Sarà ben fatto se apporrà quella clausola che in caso almeno di dubbio ha un valore incontestabile, ***prima ed avanti ogni cosa***, a mostrare ch'esso ha bisogno di lumi e di cognizioni, e nulla intende decidere. Io credo bene che dovrà essere evidente la dimostrazione contraria; ma quando esistesse, come nell'esempio che ho dato di sopra, sarebbe avverso ad ogni retta interpretazione del senno legislativo, il dire, che il magistrato, così illuminato, e coll'assistenza del pubblico ministero, non possa restringersi di nuovo in camera di consiglio, e deliberare che non si fa luogo al procedimento (4).

2. Come sia pronunciato in camera di consiglio il decreto che ammette il procedimento d'interdizione, il ricorso e il decreto medesimo vengono notificati in un solo atto a guisa delle citazioni.

Questo è quello che la legge dice. Quello che non dice si è, che tale notificazione deve farsi dal punto che la risoluzione di doversi procedere è stata presa dal tribunale; risoluzione che non potrà sempre prendere sopra un semplice ricorso, che non fa che offrire i germi della prova; può essere, ed è talvolta, esagerato. Fra il *rigettare e l'ammettere* il ricorso allo esperimento della prova, vi può esser qualche altra cosa di mezzo: un decreto provvisionale che subordini la risoluzione a delle ricerche, a delle informazioni, all'avviso dei parenti, che può bene, secondo me, precedere il decreto stesso.

3. *La notifica del ricorso e del decreto a forma della citazione*, chiarisce in primo luogo ch'essa deve farsi alla persona o al luogo della residenza, colle gradazioni dell'articolo 139, il che vale di conferma alla nostra opinione sulla competenza esposta nel commento all'articolo 836. Ma una ragione pertinente alla

---

(1) E come potrebbe deliberare se non ha ancora verun predominio sulla persona che non è interdetta benchè possa esserlo?

(2) L'atto consigliare potrebb'essere annullato per qualche vizio proprio della sua costituzione; ma non altera punto la regolarità del processo interdittale (Chauveau, quest. 3616 bis).

(3) Sentenza interlocutoria appellabile quella che *pregiudica il merito*, come si è detto a suo luogo.

(4) Perciò respingo recisamente quella proposizione di Chauveau: «En ordonnant la convocation « du conseil de famille, les juges reconnaissant implicitement la pertinence, l'importance des faits « allégués. Ils s'engagent, en quelque sorte, si la « preuve est faite, à prononcer l'interdiction » (quest. 2048).

difesa deve annettersi a tale prescrizione. Notificare a *forma di una citazione* non è fare un atto di citazione; ma è pur sempre un invito a difendersi. Formalità tanto necessaria, che Carré e Chauveau (quest. 3017 bis) ebbero a dire che la inosservanza produce la nullità di tutto il processo, e io ne sono persuaso. L'interrogatorio non potrebbe mai aver luogo senza questa premessa. Il termine a comparire è quello assegnato nel decreto.

4. *L'interrogatorio è sempre necessario?*

È sempre necessario il tentarlo. In altre parole, è sempre necessario che il convenuto sia posto alla presenza dell'antorità, che deve trarne elementi profondi di convinzione come un giurì. Disse bene la corte di Genova, nella sua decisione 7 aprile 1856 (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 633), essere in tale giudizio l'interrogatorio *atto sostantiale e d'ordine pubblico*. Non può comparire l'infelice che già alienato di mente è trattenuto fra le domestiche pareti dall'amorosa famiglia o in luogo di custodia? *Il presidente delega un giudice*, ecc. Si avrà la prova suprema della demenza. Se quell'uomo comparisce e risponde a dovere, non è ancora certo ch'egli sia nella ragione. Può essere un prodigo di prima forza, e si sa che il prodigo ragiona bene. Non avrebbero forse ragionato bene un Ugo Foscolo e un lord Byron? Forse lo affligge una monomania sulla quale non si è saputo mettere il dito. La legge non parla di periti medici; ma io credo che sarebbe ognora in facoltà del tribunale di nominarli. Il pubblico ministero dev'essere presente. Lo assicura l'ultimo capoverso del nostro articolo. La parte istante può star presente all'interrogatorio? La legge nol vieta, quantunque sia dimostrato dalla forma del verbale, e da quella specialmente della sua soscrizione, che la parte istante o il suo procuratore non sono invitati. I pratici però attribuiscono anche in questo al giudice un potere discrezionario, che io sono ben lontano dal contendergli.

Articolo 839.

Quando il convenuto non comparisca nel giorno stabilito per l'interrogatorio, o ricusi di rispondere, il tribunale dà i provvedimenti opportuni.

Il tribunale può in ogni caso nominare un curatore temporaneo affinchè prenda cura della persona e dei beni del convenuto.

Annotazioni.

E i *provvedimenti opportuni* che dà il tribunale, quali sono? Fors'egli nell'esordio del processo ha avuto in mano le prove più certe della demenza, e il pubblico ministero ha prese le sue misure. Ma il potere discrezionale del giudice è così esteso: egli è sì poco stretto a regole in questa materia, che io credo che potrà rinnovare la chiamata, ripetere gli interrogatorii (Favard de Langlade, tom. III, pag. 93; Thomine, tom. II, pag. 509), ordinar visite personali, come altresì provvedere nel modo che il capoverso del nostro articolo dichiara.

Articolo 840.

Il tribunale nell'ammettere la prova testimoniale può ordinare che l'esame dei testimoni si faccia senza la presenza del convenuto. In questo caso deve intervenire all'esame il ministero pubblico, e vi può assistere il procuratore o l'avvocato del convenuto, e il curatore che gli sia stato nominato.

Annotazioni.

1. *Se la prova testimoniale sia necessaria.* Si è detto che l'interrogatorio è formalità necessaria: è del pari necessario l'esaminare i testimoni?

Per l'articolo 836 si richiede la *indicazione di testimoni informati*. I testimoni, più che i documenti scritti, abbracciano la vita del demente e del prodigo, e sono in grado di presentarne il ritratto. Lo stesso art. 840 sembra ordinarlo l'esame, come fosse di rubrica: *il tribunale nell'ammetter la prova testimoniale.* Con tutto ciò, aderendo all'opinione dei dottori (Locré, tom. VI, pag. 754; Chauveau, quest. 3024), dico che l'esame dei testimoni non è necessario ove si tratti di alienazione di mente che può essere già provata in modo

indubbio. Ma non è possibile evitare l'esame in quelle materie ambigue e difficili nelle quali a primo tratto non si può mai ottenere l'evidenza. E ciò sarà in quei casi nei quali non si tratta che d'*inabilitazione*. Il giudice che avventasse, ed è la vera parola, una sentenza sulle prime informazioni, sulle risposte all'interrogatorio, su qualche scrittura, commetterebbe nullità; nè gli varrebbe dire che la sua coscienza era abbastanza informata.

2. Si è fatto il quesito: se la materia dell'esame *debba esser articolata* in fatti specifici. La risposta, come a me pare, fu sempre facile; secondo la nostra legge, è facilissima. L'articolo 836 ordina che nello stesso ricorso si espongano i *fatti dedotti in articoli*, e sarà questa la materia dell'esame. Il tribunale può riformare gli articoli, riordinare la materia, sentire altri testimoni esibiti dall'istante o dal pubblico ministero che non se ne sta ozioso. A parte simili questioni, imperocchè il magistrato ha intorno a ciò un potere discrezionale, sul quale mi giova insistere per abbreviare ogni ricerca sulla forma.

3. La parte istante non interviene; ma sempre il convenuto, o di persona, o per mezzo di un suo rappresentante. Non è obbligo per lui, ma diritto; è un prezioso diritto per contromandare interrogazioni e dare all'ordine dell'esame quella piega che è del suo interesse. Se la parte attrice è rimossa per una certa convenienza, che solo il giudice può apprezzare secondo le circostanze, il diritto della difesa non è menomato: interviene il rappresentante legale.

4. Il processo verbale dell'esame dev'essere notificato al convenuto: è nel diritto naturale della difesa. Ciò insegna il Carré, aggiungendo: « Le défendeur en interdiction est « présumé capable de se défendre jusqu'à ce « que cette interdiction soit prononcée. Il con- « stituera donc avoué, et pourra plaider ses « moyens à l'audience comme toute autre par- « tie » (art. 893 del Cod. franc., quest. 3026; Toullier, tom. II, pag. 533).

L'interrogatorio può essere assistito da un giudice delegato nel caso del capoverso dell'articolo 838; nei casi ordinari *così l'interrogatorio come l'esame, deve farsi al cospetto del tribunale*: è ciò che si raccoglie dall'insieme di queste disposizioni, non parlandosi mai di giudice delegato, fuorchè nella indicata specialità. Spetterà al presidente del tribunale destinare il giorno dell'udienza: decreto che sarà notificato alla persona del convenuto col processo d'esame.

L'udienza è tenuta dal tribunale come di solito: udienza pubblica, intervento di procuratori, discussione solenne. Si cita una sentenza della corte di Bruxelles del 21 maggio 1809 (Sirey, XVI, 2, pag. 112), troppo vicina alla promulgazione del Codice di procedura per essere autorevole d'acquistata esperienza; ma la giurisprudenza ha sempre mantenuto di poi il sistema dell'udienza pubblica.

La sentenza si notifica col rito consueto (articolo 3[?]8) alla parte soccombente.

5. La regola che riguarda il *pagamento delle spese* è pure la regola comune (art. 370). Ma chi provoca l'interdizione è un avversario od un amico che intende preservare il mentecatto dai pericoli ai quali è esposto, i suoi beni dalla dispersione, la sua famiglia dalla rovina? (1). Tuttavia le spese si pagano dal curatore dell'interdetto (*Praticien franc.*, t. V, pag. 179; Delvincourt, t. I, pag. 479), massima che può sostenersi anche sotto il punto di vista dell'utilità recata alla sua persona e al suo patrimonio. Il tribunale che non accoglie la domanda d'*interdizione*, trovando il caso meno grave, non adotta che il rimedio della inabilitazione; facoltà che il tribunale può sempre usare nella sua prudenza, *quantunque la domanda dell'interdizione sia assoluta*.

Ciò peraltro deve intendersi qualora la qualità della domanda e la logica del processo lo comporti. Non metto in dubbio, che essendo il giudizio soggetto alle regole comuni dei procedimenti sommari, la comparsa conclusionale possa presentarsi all'udienza (art. 391). E per essa la domanda d'interdizione può mitigarsi in quella di semplice inabilitazione, *semprechè non sia sostanzialmente variato il concetto della istanza primitiva*. Se l'istanza primitiva formola la interdizione *per vizio di mente*, è chiaro che potrà ridursi: il tribunale stesso potrà non applicarla che col mezzo più mite della inabilitazione ove il difetto della ragione appaia pur troppo, ma in un grado minore. Ma dalla fisica infermità della mente al vizio morale dell'animo, quale si è la prodigalità, corre un gran tratto: non si può passare impunemente dall'una all'altra conclusione: gli interrogatorii, le prove assunte a stabilire l'imbecillità e la demenza non hanno rapporto colle abitudini della prodigalità e colla corruzione del costume che l'accompagna; sentenza chiaramente esposta da Chau-

(1) « Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi » Leg. 7, Dig. curat. furios.

veau, con quelle parole: « On ne pourrait par « des conclusions nouvelles substituer, dans le « cours de la instance, à une action en inter- « diction *pour cause de demence*, une demande « en dation de conseil judiciaire *pour cause* « *de prodigalité* » (quest. 3029). La istanza sarebbe rigettata, e l'attore condannato nelle spese.

E, secondo i casi, potrebb'esser anche condannato nei danni ed interessi (Locré, t. VI, pag. 459; Dalloz, tom. IX, pag. 537).

Articolo 841.

L'appello dalla sentenza del tribunale può essere proposto da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione, e dev'essere diretto contro la persona di cui fu chiesta l'interdizione o l'inabilitazione.

Nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 839 l'appello è notificato anche al curatore.

Il convenuto può appellare anche senza l'assistenza del curatore.

Annotazioni.

1. *Della opposizione.*

Se una sentenza è pronunciata in contumacia del convenuto, compete il diritto di opposizione (articolo 474 e seg.). Merlin disse che la opposizione è di *diritto naturale;* ed altri la chiamò il *complemento della difesa*. Tale però, io rifletto, che la legge non la considera sempre necessaria. Vi hanno giudizi speciali; vi ha tutta la serie dei giudizi esecutivi, dal quali questo diritto è cancellato, come abbiamo visto percorrendo quelle regioni. Se tutto ciò sia conforme alla logica, non vogliam dire. *Perchè si concede la opposizione?* Perchè si crede che il convenuto non abbia avuto quella notizia che doveva ricevere dall'atto di citazione, perchè si dubita almeno che la citazione gli sia pervenuta. Se così non fosse, il diritto di opposizione sarebbe tutto a profitto dei debitori. Ne segue adunque che in parecchi giudizi speciali, e in tutti quelli di esecuzione, non importa molto che il convenuto non abbia ricevuta la citazione. Ho avuto l'onore di dire che questo istituto non fu mai bene regolato, e non lo è neppure oggidì, quantunque cangiato in meglio. Ma lasciamo di questo. Se in codesto giudizio l'*opposizione non è divietata*, è dunque ammessa per la regola generale che nel silenzio della legge deve ognora osservarsi, corte di Besançon, 1° marzo 1828, *Journal Avoués*, tom. XXXV, pag. 203; Parigi, 30 agosto 1826, cassazione francese, 24 dicembre 1838, Devill., 1839, tom. 1, pag. 49).

Ammettiamo pertanto la opposizione.

Potrà obbiettarsi che non vi ha propriamente in questo giudizio *un atto di citazione* (Vedi le Annotazioni agli art. 836, 837, 840). Quando si notifica un decreto che contiene il termine nel quale si deve comparire, riteniamo, in principio generale, che quell'atto fa le veci della citazione; e la notificazione di esso, in quanto sia o no pervenuto alla persona (articolo 474), governa il diritto di opposizione.

Ma in qual punto del processo comincia l'esercizio del diritto di opposizione?

In questi procedimenti speciali raro è che non sia d'uopo modificare le leggi normali della procedura. L'attuale processo ha due parti ben distinte e inconfondibili. Nell'una è l'autorità stessa che procede *indipendentemente dalla volontà della persona*, che è l'oggetto del giudizio, e quasi dominandola. Si comincia il giudizio, senza chiamarla, a sua insaputa. *Il solo pubblico ministero deve sentirsi*: e forse lo stesso pubblico ministero è la parte istante. Indi la persona è chiamata per subire un interrogatorio: poco importa se non vuole o non può prestarsi all'invito: il magistrato provvede (articoli 838, 839). A questo punto la traccia della procedura non è più visibile; ma noi abbiamo cercato collegare i nessi che occorrono per tessere quella parte sostanziale del processo che deve compiersi sino alla sentenza. Il futuro interdetto dev'essere citato all'udienza per sentir pronunziare la sua interdizione o inabilitazione; o gli si notifica, come dissi, il decreto del giudice che fissa l'udienza, e vale citazione. *Se il citato non comparisce all'udienza ove deve trattarsi il merito*, è allora ch'egli può essere condannato in contumacia; *è da quella sentenza che egli può interporre opposizione* (1), che infine

(1) Salvo il disposto dell'articolo 474.

è la sola che si pronunzia col suo contraddittorio.

2. *Dell'appello.*

a) *Forma dell'appello.*

Non essendo prescritto termine particolare, e pel tempo, ed altresì pel modo, si seguirà la norma generale.

b) *Effetto dell'appello.*

È forse sospensivo?

1. **Precedenti storici.** — Regnava in Francia un antico statuto, cui la giurisprudenza aveva sempre corrisposto, pel quale *una sentenza d'interdizione si riteneva eseguibile nonostante appello* (Carré, quest. 3033). Pare che il Codice Napoleone non ripudiasse punto quella tradizione, mentre lasciò scritto nell'articolo 502: « *L'interdizione o la nomina* « *di un consulente avrà il suo effetto dal giorno* « *della sentenza.* Sarà nullo di diritto qualunque atto fosse fatto posteriormente dall'in- « terdetto, o *senza l'assistenza del curatore* ». Poi veniva un altro articolo, che non sembrava con quello perfettamente concorde, o almeno aveva bisogno di spiegazione, e disponeva, che non essendosi proposta appellazione dalla sentenza d'interdizione pronunziata in prima istanza, o quando venisse confermata in appello, si passerebbe a deputare all'interdetto un tutore ed un surrogato tutore. Cesserebbe allora dalle sue funzioni l'amministratore provvisorio, e renderebbe conto al tutore, se non fosse egli stesso il tutore (articolo 505).

Si era d'accordo che l'articolo 502 intendesse della *prima sentenza;* ciò è naturale, perchè volendosi portare una limitazione senza esempio a quel principio, che una sentenza per avere efficacia giuridica ha d'uopo almeno di essere notificata, poco o nulla importava il dire che la sentenza d'appello nel suo carattere sovrano era eseguibile, lasciando intanto alla sorte il patrimonio di un uomo sul quale pesa una sì profonda presunzione d'incapacità, per tutto quel periodo, d'ordinario assai lungo, che deve scorrere fra l'una e l'altra sentenza.

Ma in questa guisa l'appello era sospensivo, o non era sospensivo? Secondo l'articolo 502 la interdizione e la consulenza, e la *nomina stessa del consulente* (e così dovrà dirsi di quella del tutore), avevano un effetto istantaneo; secondo l'art. 505 il tutore non era nominato pendente l'appello, e *quindi non assumeva le sue funzioni*, ma sarebbe nominato in un solo dei due casi; o che non ci fosse appello, o la sentenza d'interdizione venisse confermata.

L'*effetto sospensivo* dell'appello pareva dopo ciò evidente; pure debbo intendere da Chauveau che « le Code civil et le Code de procé- « dure loin de déroger à ce vieux principe « (l'effetto devolutivo dell'appello), semblent « plutôt l'avoir confirmé ». E si fa corona di altri autori, quali Delvincourt, Proudhon, Thomine, che la pensano come lui (questione 3033). Il Merlin, in una lunga e splendida arringa sostiene, che non avrebbe senso l'articolo 502, se dovesse aspettarsi, come alcuno pretende, la pubblicazione e l'affissione della sentenza; enumera i pericoli ai quali la persona e il patrimonio dell'interdetto sarebbero esposti (*Tabella degli interdetti*, § 1, *Commento al Codice civile* di Cattaneo e Borda, coi tipi dell'Unione tipografico-editrice torinese). Altri autori (mi basti citare uno degli ultimi, il Marcadé) annotando a dir vero un po' leggermente l'articolo 502, dice che la sua redazione è troppo assoluta per dubitare che sia necessaria qualche estrinseca formalità di affissione, o d'altro, per assicurarne l'effettuazione immediata.

Noi avevamo il Codice civile albertino foggiato alla stessa maniera: L'articolo 384 era surrogato all'articolo 502; l'articolo 387 al 505 del Codice francese: non c'era che a dedurre gli stessi corollari.

2. Io trovo spesso sfuggire ai commentatori celebri certi sensi sottili e riposti delle leggi in cui si nascondono vere difficoltà. È facile intendere che con un testo così preciso, com'è l'articolo 502 del Codice Napoleone e 384 del Codice albertino, l'atto della pronunzia è l'attuazione della misura legale, che toglie all'interdetto la libertà, ed espone alla nullità le sue contrattazioni di fronte ai terzi che si vogliono informati sufficientemente prima eziandio delle pubblicazioni che sembrano fatte a quel fine (1). Ora il quesito è puramente questo; se il tutore o curatore *entri immediatamente nell'esercizio delle sue funzioni*, e continui ad esercitarle nonostante l'appello; ovvero la legge non proclami che un regolamento di diritto, sicchè ognuno sappia che *una volta confermata la sentenza*, tutti i contratti fatti *nel tempo intermedio coll'interdetto* sarebbero nulli. I rispettivi articoli 505 e 387 dei citati codici Napoleone e Albertino forza-

(1) Ma si tiene al principio *qui cum alio contrahit vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (Leg. 19, Dig. de reg. jur.).

vano ad accettare la seconda interpretazinne; poichè se il tutore o curatore non è ancora nominato, *non reputandosi uno interdetto* se non uesistendo l'appello, vale dire *scorso il termine concesso ad appellare*, o *dopo la conferma*, il tutore e il curatore non esistono ancora, non possono aver il governo e funzionar come tali. L'uomo è dnnque *virtualmente* e non *effettivamente interdetto*, mentre non sarebbe privato della sua amministrazione pendente l'appello. E perciò l'appello sarebbe sospensivo quanto al fatto; soltanto la sentenza di conferma avrebbe un effetto *che retroagirebbe al giorno in cui fu pronunziata la prima sentenza*. Un'altra differenza verrebbe a risultarne, cd è qnesta; che nel primo caso il convenuto sarebbe realmente impedito dall'agire per tutto il corso del giudizio d'appello, con grave impaccio ed onta sua, e vincendo, avrebbe dovuto nonostante subire lo stato d'interdizione; nel secondo caso sarebbe libero come innanzi; vincendo in appello, la interdizione non sarebbe stata che di nome, e i contratti, da lui o con lui stabiliti sotto fede della vittoria, sariano validi.

Non varrebbe opporre che la legge francese e la sarda suppongono che un curatore, un assistente temporaneo e provvisorio esista, come negli articoli rispettivi 505 e 387 si dichiara; quindi egli si tiene in mano il governo delle cose sino alla conferma della sentenza. Ma non si trova legge che *imponga* e faccia obbligo al giudice di nominare un curatore provvisorio, benchè abbia facoltà di farlo secondo le circostanze; laonde dall'accidentale non potrebbe dedursi la soluzione del quesito.

3. *Diritto moderno.*

Ma lasciamo ad altri la soluzione, e veniamo alla legge nuova.

L'articolo 328 del Codice civile, mondato da ogni parafrasi, e con una formola recisa, dice: « L'interdizione produce il suo effetto dal giorno della sentenza ». Il Codice civile non si occupa di formalità di notificazioni o di pubblicazioni; ne lascia l'incarico a quello di procedura. Le disposizioni che si leggevano negli articoli 505 del Codice Napoleone e 387 del Codice albertino furono omesse. L'omissione può avere due cause diverse; le relazioni dei corpi legislativi e ministeriali precedenti il Codice, non ci hanno spiegato quale sia prevalsa. Forse si è trovato in quella locuzione un ostacolo alla retta intelligenza dell'articolo 328, in quanto si volesso che la nomina del curatore fatta nella sentenza avesse un effetto immediato, ostensibile, materiale. Ovvero si è lasciata fuori perchè in parte strana e in parte inutile, come difatti era. Strana, essendo ben naturale, che la sentenza d'interdizione contenesse la nomina del tutore o curatore; nè s'intende come si dicesse che la nomina del tutore o curatore sarebbe sospesa dall'appello. Inutile, se l'appello è sospensivo.

Io osservo che l'articolo 328 ha un'ceo nell'articolo 335 dello stesso Codice civile, il quale si esprime: « Gli atti fatti dall'interdetto dopo la sentenza d'interdizione, o anche dopo la nomina dell'amministratore provvisionale, *sono nulli di diritto* ». Io credo che questa difatti sia la volontà del legislatore. La nullità, rimpetto ad una interposizione d'appello, è di sua natura *condizionale*. Gli atti saranno, dichiarati nulli qualora la sentenza d'interdizione venisse confermata. *La nullità è di diritto*, ma in quel caso e a quella condizione. Intanto i terzi si guarderanno bene dal contrattare coll'interdetto nel flagrante pericolo che li minaccia: se lo faranno, peggio per loro. Ma il curatore, nominato nella sentenza appellata, rimane, per dir così, in aspettativa: e intanto non funziona: ritengo insomma che il precedente sistema non sia cangiato.

Certo è che se fosse stato deputato un *curatore provvisorio* per via d'incidente, secondo l'articolo 839 della procedura, questo curatore eserciterebbe l'amministrazione anche durante il corso dell'appello. È questo difatti lo scopo principale di una tale provvidenza.

Aggiungo, che non vedrei incompatibile che lo stesso tribunale che decreta l'interdizione, ordinasse, a certi effetti almeno, l'esecuzione provvisoria della propria sentenza.

La disposizione degli articoli 328 e 335 è applicabile anche al caso di semplice inabilitazione?

Motivi di dubitare: che la *inabilitazione* è un modo della interdizione; che la stessa causa che mosse il legislatore a preoccupare i termini della procedura, onde correndo quelli d'appello, non corresse del pari alla rovina il patrimonio dell'interdetto, deve valere a benefizio del prodigo e della sua famiglia. La legge sarebbe improvvida; mancherebbe a quel tatto di squisita prudenza di cui ha dato prova stanziando quel diritto eccezionale; che infine se il convenuto può giustificarsi in appello, niun danno; non ha patito ingiuria; i terzi avranno contrattato validamente.

Ma altri, io penso, sono i motivi di decidere. In fatto di libertà civile non si deve nel dubbio preferire l'interpretazione contraria alla libertà. *Quoties dubia interpretatio libertatis*

est, *secundum libertatem respondendum est*. La interdizione è l'annientamento della personalità civile; è lo stato d'infanzia; è la incapacità totale; è la soggezione, la chiamerò così, dell'anima e del corpo; la *inabilitazione* è la dipendenza limitata agli affari più seri e ponderosi della vita civile. Se adunque nel capitolo *della inabilitazione* il legislatore non ha ripetuti i pronunciamenti degli articoli 328 e 335, ha avuto la sua gran ragione. La tenue e poco evidente infermità dell'intelletto (facile a confondersi coi tanti poveri di senno che vanno pel mondo, e non sono interdetti); la stessa prodigalità, che può essere munificenza, sacrificio generoso, o un surrogato ideale di vere e crudeli disgrazie, non ha un carattere esteriore così deciso per cui abbiano ad anticiparsi provvedimenti oltraggiosi, tali da influire dolorosamente sul rimanente della vita (1). Bisogna prima vederne sino al fondo le prove. La società civile esercita un diritto troppo problematico a spese del principio — che la proprietà è il diritto di godere delle cose nella maniera più assoluta — perchè si possa far lusso di previsioni e di grandi cautele. Il legislatore bene economizzando il metodo letterario dell'opera, ha collocato pur anco sotto il titolo *della interdizione* quello enunciato = che possono annullarsi eziandio gli *atti anteriori alla interdizione*, preesistendo la causa, e risultando la malafede dell'altro contraente (articolo 336 del Codice civile); ma alla *inabilitazione* non si estende (corte di Genova, 17 novembre 1855, *Gazzetta dei tribunali*, 1836, pag. 183) (2).

Concludo che l'appello è sospensivo; e non si ammette inabilitazione precoce e condizionata alla sentenza di conferma.

4. *Di quelli che possono interporre appello.* Non solo chi ha promosso il giudizio d'interdizione o d'inabilitazione, ma altresì *chiunque aveva diritto di promuoverlo*. L'attore sembra in certo modo avere operato quale mandatario tacito del numeroso ceto dei parenti, ognuno dei quali, dal più prossimo al più remoto, può intromettersi in questa faccenda. Tutti questi parenti non vengono come terzi, ma investiti dell'azione principale.

Quanto *all'appello dalla sentenza che pronunziò la interdizione*, si vuole che il solo convenuto abbia interesse; e questo atto sia a lui personale (Carré, quest. 3031; Thomine, t. II, pag. 510).

5. *L'interdetto per prima sentenza si difende in appello senza l'assistenza del curatore.*

Se l'articolo 328 del Codice civile, al quale ci riferiamo così di sovente, producesse quell'azione effettiva del curatore che noi gli abbiamo negata pendente l'appello, non sarebbe facile sostenere logicamente che il curatore non dovesse esercitare il naturale suo uffizio di rappresentare l'interdetto in un giudizio qualunque; e bisognerebbe ricorrere ad una legge positiva, che per fortuna non manca (ultimo capoverso dell'articolo 841). La legge dichiara che il convenuto può appellare senza l'assistenza del curatore; ma ne seguita forse *che possa anche da solo e liberamente piatire in appello?*

Dato che il curatore non è ancora entrato in azione, invero non occorreva quella esplicazione; ma viene molto a proposito quando si faccia l'ipotesi di un *curatore temporaneo* già deputato dal tribunale. E badate che *di questo soltanto discorre la legge*. Ciò è manifesto nel penultimo capoverso del nostro articolo 841. E quindi era d'uopo quello schiarimento che nell'ultimo si ravvisa.

Si potrebbe osservare che il testo restringendosi all'*atto di appello come atto conservatorio*, non si avanza più oltre, e non dice che il *convenuto* possa continuare l'appello da sè e difendersi senza l'assistenza del curatore. Ma dall'uno all'altro havvi la più legittima inferenza. L'interdetto, secondo le regole generali del diritto, non può neppure appellare se non per mezzo del curatore. Del resto il *curatore definitivo* e in attualità di funzione non esiste, perchè vi è appello dalla sentenza; il *curatore provvisorio* è limitato ai beni, e non può rappresentare il convenuto in appello, perchè lungi dall'aversi quella iden-

(1) Sul credito cioè dipendente dalla capacità personale; se uno esercita mercatura, professione di avvocato, ingegnere, ecc.

(2) Sull'applicazione dell'articolo 383 del Codice civile albertino, che corrispondeva all'attuale 336, la giurisprudenza veniva oscillando (Vedi le non conformi sentenze della corte di Torino dell'11 novembre 1836 e 24 gennaio 1854, *Gazzetta dei Tribunali*, 1836, pag. 803; ivi, 1854, pag. 262). La cassazione parve ritenere l'applicabilità dell'articolo 383, essendo notorie le cause della prodigalità (1852, 19 gennaio, Durandi - Giloni). La mia tesi è questa. Il contratto fatto con un prodigo notorio può essere annullato benst prima della inabilitazione, ma per cause comuni di dolo, frode, abuso di fiducia, nè mai si può applicare se non per modo indiretto o per una certa analogia, l'articolo 336 del Codice civile (Chardon, *Della podestà tutelare*, num. 239 a 245).

tità d'interessi per cui l'interdetto si confonde nella persona del curatore, vi ha contraddizione, dualità, inimicizia aperta di scopi, se non d'interessi; il convenuto ha ancora le armi in pugno, sta sulla breccia; se non potesse difendersi da sè, sarebbe già giudicato.

Articolo 842.

Il consiglio di famiglia o di tutela quando riconosca cessata la causa dell'interdizione o dell'inabilitazione lo dichiara con deliberazione, la quale è trasmessa dal pretore al procuratore del re.

Per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione si osservano le norme sopra stabilite.

L'appello dalla sentenza che revoca l'interdizione o l'inabilitazione può essere proposto da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione, e anche dai membri del consiglio che abbiano espresso avviso contrario alla revoca.

Annotazioni.

1. *A chi appartiene il diritto di domandare la revoca dalla interdizione o dalla inabilitazione?*

Articolo 338 del Codice civile. « La interdizione sarà rivocata ad istanza dei parenti, « del coniuge o del pubblico ministero, quando « venga a cessare la causa che vi abbia dato « luogo. — Il consiglio di famiglia o di tutela « dovrà vegliare per conoscere se continui la « causa della interdizione ». Lo stesso interdetto o inabilitato non potrebbe chiedere la propria liberazione?

È un diritto che non è mai stato contestato (Toullier, t. II, pag. 559; Lepage, pag. 593; Merlin, v° *Interdiction*, § 5), e reputo incontestabile. Un curatore interessato a continuare nell'amministrazione; una famiglia di parenti che ha ben altro a pensare; un pubblico ministero sempre poco disposto *ad liberandum*, se ne stanno; e l'interdetto per vizio di mente che si sente risanato, l'inabilitato che ha dato prove di ravvedimento e di senno, non potrà rompere il silenzio e ricorrere al giudice? Diritto naturale di cui niuna legge umana potrebbe privarlo. Difatti non si controverte che del modo: ora vediamo il modo.

2. *Del procedimento e forma del giudizio.*

È una legge molto speditiva quella che dice: si *osservano le norme sopra stabilite*. Ma quali sono le norme osservabili? 1° La domanda si farà *con ricorso* al tribunale, presentato al presidente coll'organo della cancelleria (1). 2° Saranno esposte le ragioni (non però dedotte in articoli), indicati testimoni, prodotti documenti giustificativi (articolo 836). 3° Se la revoca della interdizione è promossa dal consiglio di famiglia o di tutela, *la sua deliberazione è trasmessa dal pretore al procuratore del re* (articolo 842): è allora lo stesso pubblico ministero che propone la revoca. 4° Se la istanza procede dallo stesso interdetto o inabilitato, il tribunale, per prima cosa, ordina la convocazione del consiglio di famiglia (2) (articolo 837).

5. *L'interrogatorio è ancora necessario.*

Se tutto risponde favorevole alla revoca, il tribunale può senz'altro, sentito il pubblico ministero, pronunziare in camera di consiglio.

L'interdetto o inabilitato *ha d'uopo di essere assistito dal suo curatore in questo giudizio?* Se consultiamo il Carré, egli c'insegna: « L'interdit n'a pas besoin, pour former sa de« mande en main levée, ni de l'autorisation, « ni de l'assistance de qui ce soit » (q. 3037). *Ma chi deve citare?* Abbiamo veduto che il giudizio s'introduce semplicemente *per via di ricorso e senza citazione.* Qui la tradizione giuridica è alquanto confusa. Pigeau crede che non ci sia persona da citare. Se qualche parente, egli dice, è d'avviso contrario, può fare opposizione alla istanza *con atto stragiudiziale* (tom. II, pag. 434). Berriat tiene un altro parere. I parenti, secondo lui, devono esser chiamati onde far valere i loro mezzi contro la pretesa liberazione; o almeno « on doit « actionner le tuteur qui les représente » (pagina 683, n. 10). Chauveau, incontrandosi colla dottrina di Pigeau, opina che un vero contraddittore non c'è, e non si saprebbe come fabbricarlo, per così dire; mentre il tutore è

(1) Qual tribunale? Lo diremo un po' più sotto.

(2) Il tribunale non può rigettare la domanda di revoca col solo esame delle carte prodotte, come la domanda d'interdizione o inabilitazione.

piuttosto l'amico e il protettore dell'interdetto, che l'avversario; press'a poco deve dirsi lo stesso del consiglio di famiglia e del pubblico ministero. Merlin riferisce una decisione in termini della cassazione, che non trova altro di dogmatico e necessario che l'osservanza degli articoli 494, 496 e 498 del Codice civile, nei quali si riassumono pressochè interamente le prammatiche da noi enunciate. Ne dedusse la corte suprema non esserci contraddittore indicato e legittimo, eccetto il *consiglio di famiglia* e il *pubblico ministero*; e ne esclude il tutore. Fu ritenuto *contraddittore necessario* da una decisione della corte di Colmar; ma questa decisione venne cassata (arresto 12 febbraio 1816, Merlin, v° *Interdiction*, § 5).

Secondo tale sistema, la proposizione — *non esistere un vero contraddittore* dell'interdetto o inabilitato nel giudizio di liberazione — si traduce in questa — che *non si erige un giudizio contenzioso*, che non si fa una lite nel rigor della parola; e si continua quel procedimento quasi domestico, in cui si trattano, forse un po' burrascosamente, affari interni, ma sempre affari interni, affari di famiglia. L'interdetto o l'inabilitato (1) potrà indurre testimoni, far altre prove; ma nelle ristrette proporzioni di questo procedimento speciale (articolo 840). Quindi non potrà volersi cavare la prova da interrogatorii, o da giuramenti, o da confessioni dei *pubblico ministero*, dei *membri del consiglio di famiglia*: eppure se avversari fossero, se con essi si disputasse *oggettivamente*, ad uno scopo cioè d'interessi conflittanti, come avviene nei giudizi d'ordine contenzioso, siffatti mezzi di prova non potrebbero negarsi. Potrà disputarsi, ma in via di discussione che può chiamarsi stragiudiziale; e non per pubblico piato, come in un vero giudizio.

Con questa parafrasi del sistema francese ho voluto meglio additarne il concetto; ma noi abbiamo la rimarchevole novità dell'art. 843, all'esame del quale è da riportarsi la conclusione.

3. *Del tribunale competente per la revoca della interdizione e inabilitazione.*

La *domanda d'interdizione* o *d'inabilitazione* è recata al tribunale del luogo ove ha *domicilio* (2) la persona contro la quale è proposta. Nel presente articolo 842 ove la cessazione della soggezione o del vincolo viene enunciata come un diritto; quanto alla giurisdizione si dice nulla, o si dice tutto, con quelle parole: *si osservano le norme sopra stabilite*. Se non che questa formola sembra più presto riferirsi ai *modi di procedimento*, che alla giurisdizione. Le parti invero sarebbero cangiate. L'attore, come supponiamo, è lo stesso interdetto; il convenuto sarà ipoteticamente il consiglio di famiglia o un membro dissenziente o avverso dello stesso consiglio; o qualunque parente che avrebbe avuto diritto a promuovere l'interdizione (3). Qualunque sia, vi ha un *convenuto*, che non è certamente quello dell'altro giudizio.

L'articolo 896 del Codice di procedura francese non era più esplicito. Anch'esso parlava della conformità del rito; taceva della giurisdizione. Gl'interpreti cominciarono dall'avvertire che quando si volesse dire che il giudizio di revoca deve istituirsi avanti il tribunale che pronunciò il vincolo, *per esser questa una controversia di esecuzione*, il discorso sarebbe fallace. Si tratta invece, insegna il Carré, di una *domanda principale*, che non ha la menoma attinenza con una controversia di esecuzione o d'interpretazione della proferita sentenza; il Carré ritiene che l'interdetto dovrà adire il tribunale del proprio domicilio, che sarà infine quello del suo tutore (q. 3038).

Ma Thomine e Favard de Langlade pensano che il tribunale del luogo ove risiede il consiglio di famiglia è il solo competente, per la ragione che il consiglio che intervenne nel giudizio del vincolo è pur sempre il principale operatore eziandio nel giudizio di liberazione (Thomine, tom. I, pag. 513; Favard de Langlade, tom. III, pag. 101). Altri osserva in contrario: il consiglio di famiglia rappresenta forse il convenuto? Se no, perchè il luogo ove risiede o si aduna nel distretto pretoriale dovrebbe determinare la giurisdizione? Il Chauveau indicando le varie opinioni, non si sa bene cosa risolva dal canto suo (quest. 3059, suddetta).

Duole di non vedere decisa la questione della competenza con qualche parola che stava bene in questo articolo. Per me credo che per ben fissare il punto della competenza non si debba partire dal presupposto di un convenuto che si abbia a chiamare in giudizio.

(1) Parlo sempre di lui, perchè, come osservai, se la liberazione è domandata dal consiglio di famiglia, dal tutore, ecc., è anche più spontaneo il dire che il giudizio è *interno*, vale dire non contraddittorio nel senso che si attribuisce a questo appellativo nella teoria ordinaria della procedura.

(2) Ciò è spiegato nel commento sull'art. 836.

(3) Vedremo quale, ragionando dell'art. 843.

A un dato stadio del processo bisognerà forse esplicare una lite in tutte le regole (V. l'articolo 843), la quale però non sarà che uno sviluppo del medesimo processo iniziato colle forme speciali e proprie del presente titolo. Ma è incontestato che si comincia semplicemente da un ricorso colla norma dell'art. 836; il tribunale ha pur egli una via officiosa da percorrere, ha delle pratiche da esperimentare (1), e in tutto questo un *convenuto*, per quanto riguarda la revoca della interdizione o inabilitazione, non apparisce ancora. Se vengono a scoppiare questioni da trattare in via propriamente contenziosa e nei più larghi modi della procedura (V. il suddetto art. 843), non si può balzare da un tribunale all'altro; quello che fu competente da principio, continua ad esserlo. Insomma il concetto, qual che si voglia, di un convenuto, non ci somministra il criterio logico della competenza, nel silenzio della legge. Bisogna trovarne un altro. E io ritengo che *quello stesso magistrato che fu investito di competenza per decretare la interdizione* o *inabilitazione*, lo sia del pari per decretare lo scioglimento del vincolo. Mi permetterei di dire, e parmi senza errare, che la revoca si reputa una delle fasi, l'ultima certamente, del giudizio stesso d'interdizione, e parte di quello, e quindi virtualmente contenuta nella giurisdizione che dopo aver determinato il nuovo stato del cittadino, dichiara che quello stato non ha più ragione di essere, e restituisce alla libertà colui che per la stessa utilità sua fu posto nei ceppi.

E per queste che a me sembrano potenti ragioni, la legge non additò veruna giurisdizione, quasi volendo significare che è sempre una quella che lega e quella che scioglie; anche perchè niun altro è meglio istrutto di quel magistrato, niun altro è in grado di meglio apprezzare il cangiamento sopravvenuto in confronto dell'antico stato.

4. *Dell'appello.*

La revoca della interdizione può non piacere a più di uno. Vi possono essere degli interessi lesi: non vorrei dire che delle suscettività possono tenersene offese: sarebbe dir troppo. Nondimeno il nuovo Codice ha aperta una via, secondo me, assai patente per farle germogliare queste suscettività di cattivo genere. L'art. 1021 della procedura del 1859 aveva stabilito essere proponibile l'appello *dal ministero pubblico* o *da quelli del consiglio di famiglia* che avessero emesso un parere contrario alla revoca. Fin qui il diritto era limitato. Ora si estende a tutti coloro che *avrebbero potuto proporre la interdizione o l'inabilitazione*, e fa silenzio sul ministero pubblico. Il silenzio in questo caso vale esclusione; ed è giusto, poichè lo Stato non deve poi spingere tant'oltre le sue sollecitudini; deve proteggere, non perseguitare. Ma dall'altro lato *ogni* congiunto essendo in facoltà di promuovere la interdizione (articolo 326 del Codice) e anche l'inabilitazione (articolo 339), ogni congiunto, *sino al decimo grado*, può interporre appello da una sentenza di revoca, quantunque non abbia in verun tempo messa in moto questa sua facoltà! Io sento con dispiacere che siffatta estensione, oltre alla sua manifesta incoerenza coi precedenti logici onde si evolge il diritto d'appello, è un vincolo di più alla libertà personale, e sorgente di gratuite vessazioni.

Articolo 843.

Nel giudizio d'interdizione o d'inabilitazione, o di revoca dell'una o dell'altra, in quanto non sia regolato da questo titolo, si osservano le norme del procedimento formale, salvo che per ragioni d'urgenza sia autorizzato il procedimento sommario.

Non può essere pronunziata sentenza, se non sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

Con tale scorta ci è dato di aggiungere al nostro concetto sulle attitudini di questo singolare processo.

Da una forma semplice, compendiosa e quasi stragiudiziale, si vede rampollare un solenne procedimento formale, che può, eccezionalmente e per cause conosciute, restringersi al sommario. Ma questo che vuol dire? Vuol dire che il processo d'interdizione o di revoca, che ora consideriamo sotto lo stesso punto di vista, non consta sempre, ma può constare, di due parti al tutto distinte. Una imprescindibile, ed è quella che, come abbiamo avuto occasione di segnalare esponendo l'articolo precedente (nota 2ª), può dirsi l'opera del magistrato protettore, e quasi la parte istruttoria del processo. Se il convenuto non fa opposizione, il processo può anche terminare nel

(1) Vedi sopra alle Annotazioni, num. 2.

modo con cui è cominciato (1). Ma daccbè il convenuto sente di dover reclamare i diritti della difesa, la legge gli accorda quelle guarentigie che nei giudizi di maggior momento sono ordinate. Trovandosi a fronte di un avversario, specie di accusatore cbe gli imputa la sconsigliatezza del mentecatto o la dissolutezza del prodigo, chi può impedire all'individuo fatto segno di tali censure di citarlo a sua volta, onde le prove raccolte dicbiarate insufficienti, sia rigettata la contraria domanda? E allora nasce un giudizio formale, un giudizio che potrebbe ancbe dirsi nuovo rispetto al processo che si è lavorato nell'interno del tribunale, e questo non è più cbe ún complesso di materiali sottoposto all'esame e al giudizio del tribunale medesimo sedente fra il contraddittorio delle parti interessate.

Non altrimenti se trattasi di revoca. Il processo preliminare ba sempre luogo; con esso può definirsi la questione; ma la parte che si trova minacciata ne' suoi diritti, può valersi dei mezzi più ampi che le sono impartiti dalla nuova legge, cbe tutelando in modo insolito i preziosi diritti della personalità civile, merita di aver luogo fra le progressive.

Ma se il Codice concede all'interdetto o inabilitato di attaccare di fronte gli avversari della sua liberazione in regolare giudizio, *chi mai deve citare?* Ecco il punto in cui è mestieri cercare questa incognita, *la persona del convenuto* (2).

Convenuto e contraddittore in giudizio non può essere nè il pubblico ministero nè il consiglio di famiglia come ente morale, nè il tutore. Non il primo, non essendo altro cbe un magistrato che, nel puro interesse del vero, opera d'ufficio si nelle sue requisitorie, che nelle sue consultazioni. Non il secondo, che non si considera che come un presidio tutelare, destinato alla custodia e difesa della persona e del patrimonio dell'incapace. Non il tutore finalmente cbe riassume la personalità dell'incapace, ed è un altro lui stesso.

Se vi ba un avversario scoperto e deciso, è colui cbe promosse l'interdizione, o coloro che si mostrarono avversi nelle deliberazioni del consiglio di famiglia: è di fronte a quelli che s'istituisce il giudizio.

Se avversari propriamente non ci sono, la contraddizione legittima appartiene ad ogni modo ai parenti più prossimi, e parlo di quelli cbe costituiscono lo stesso consiglio di famiglia, quantunque si mostrassero assenzienti alla liberazione dell'interdetto. In tal caso non faranno opposizione, o, mutato avviso, potranno anche farla: il loro silenzio sarà la riprova del diritto dell'attore; la loro presenza rende il giudizio regolare.

Il giudizio formale dev'essere preceduto, come in pure osservai, da quei preliminari di istruttoria cbe sono seguati negli articoli 836, 837, 838, 840, dai quali lo stesso magistrato in sede contenziosa può togliere i più gravi argomenti della sua decisione. *Prima che il tribunale deliberi*, l'interdetto o inabilitato, nel presagio di una deliberazione non lieta per lui, può aprire il giudizio formale onde svolgere ampiamente i suoi mezzi di difesa. Ma se il tribunale avesse pronunziata sentenza avversa, io stimo ch'egli dovrebbe ricorrere all'appello; ed ivi si seguirà il modo di procedimento formale o sommario, secondo il disposto di questo articolo.

I rimedi della rivocazione e della cassazione competono come in qualunque altro giudizio comune.

Articolo 844.

Le sentenze che pronunziano l'interdizione o l'inabilitazione, o la revoca dell'una o dell'altra, passate in giudicato, si trasmettono per estratto a cura del ministero pubblico, alle cancellerie di tutti i tribunali civili per essere affisse nella sala pubblica d'aspetto, previa trascrizione in registro apposito, che può essere esaminato da chiunque ne faccia domanda, il tutto nei modi stabiliti dal regolamento.

Annotazioni.

La determinazione di questa legge può aversi quale ulteriore prova a dimostrare che l'interdizione o inabilitazione non è praticamente attuata se non quando la sentenza sia passata in giudicato.

(1) Il sig. presidente Gambini ha illustrato questo punto nella sua *Monografia sull'ingerenza dell'autorità giudiziaria*, ecc. (Como, tipografia Giorgetti, 1872), dimostrando che il giudizio può esser terminato in camera di consiglio quando non sorga opposizione.

(2) Vedi l'Annotazione 2 dell'articolo 842.

TITOLO VII.

DELLA RETTIFICAZIONE DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

Articolo 845.

Sulle domande per rettificazione degli atti dello stato civile si provvede in camera di consiglio sentito il ministero pubblico.

Il tribunale può ordinare la comparizione delle parti interessate, e la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per il suo parere.

Articolo 846.

Le sentenze di rettificazione sono trascritte sui registri dello stato civile, senza fare alcuna variazione sull'atto rettificato, salvo l'annotazione a norma degli articoli 359 e 403 del Codice civile.

Annotazioni.

1. Nel Titolo XII del Libro I del Codice civile sono accuratamente descritti gli atti dello stato civile. Poco dopo la pubblicazione del Codice civile ch'ebbe luogo col R. decreto del 25 giugno 1865, fu promulgato un altro R. decreto (15 novembre 1865) *concernente l'ordinamento dello stato civile.* Quell'ordinamento è una completa illustrazione e un ampio commentario delle nozioni fondamentali consegnate nel Codice; contiene le regole di tutto quanto riguarda l'attuazione e l'esecuzione pratica della legge dello stato civile. Per restringerci a quella sola parte a cui ha relazione questo breve tratto della procedura, diremo primieramente che la *rettificazione degli atti dello stato civile* non si ha a confondere coi *cangiamenti* o *aggiunte di nomi e cognomi*, che è materia del titolo VIII del citato regolamento; nè colle *verificazioni dei registri dello stato civile*, oggetto del titolo IX. Nè gli uni, ne le altre pertengono all'ordine giudiziale, benchè i primi siano vere innovazioni portate nei registri, e le seconde possano anche preparare o render necessaria la rettificazione.

2. *La rettificazione propriamente detta è una mutazione che si vuol introdurre nel materiale storico* dei registri e degli atti dello stato civile; e dicesi *rettificazione*, mettendosi nel punto di vista del richiedente che asserisce e in buona fede, io suppongo, reputa corso un errore, o verificarsi un'omissione che nuoce alla condizione sua, e più o meno favorisce quella di un'altra parte. Noi abbiamo leggi nate in breve tempo l'una appresso l'altra, e si danno, per così dire, la mano (1), che proclamano la necessità di un giudizio e di una decisione del magistrato giudiziario.

La competenza di questo magistrato è determinata nel Codice civile. « Le domande di « rettificazione degli atti dello stato civile de« vono essere proposte *davanti il tribunale « da cui dipende l'uffizio dello stato civile ove « si trova l'atto di cui si richiede la rettifica« zione* » (articolo 401) (2). Il regolamento a sua volta, assume le funzioni del Codice di procedura; e nell'articolo 133 dichiara « che « le rettificazioni degli atti dello stato civile « si fanno in forza di sentenze dei tribunali « passate in giudicato, colle quali si ordina al« l'uffiziale dello stato civile di rettificare un « atto già esistente nei registri, o di ricevere « un atto omesso. Le annotazioni in margine

(1) Articoli 401, 402 del Codice civile; art. 133, 431 del regolamento 15 novembre 1865; art. 845, 846 del Codice di procedura civile.

(2) Competenza speciale che non può rassegnarsi a veruna di quelle categorie, che nel loro insieme rappresentano l'ordinamento delle giurisdizioni (sezione I, II e III del capo I, titolo II, libro I, e che non essendo riferita in verun luogo della procedura, è senza dubbio una lacuna e un difetto del Codice stesso di procedura.

« si ricevono per disposizione di legge, di re« golamento o di sentenze » (1). Si scorge che alcune *rettificazioni* non sono che modificazioni, altre non sono che schiarimenti; altre sono *cambiamenti*, ma personali o famigliari, e non interessano il diritto.

L'articolo 134 del regolamento riproduce esattamente il disposto dell'articolo 401 del Codice civile. « La rettificazione di un atto è « domandata dalle parti che vi hanno interesse « *al tribunale del luogo in cui si trova il regi-* « *stro di rettificazione* ».

3. Dichiara l'articolo 845 della procedura che *il tribunale provvede in camera di consiglio*; la istanza può esser fatta *d'ufficio* dal pubblico ministero, *chiamate però le parti interessate* (articolo 134 del regolamento). Invece l'articolo 845 della procedura (capoverso) dice che il tribunale *può ordinare la comparizione delle parti interessate*. Nel regolamento sarebbe un obbligo; nella procedura sarebbe una facoltà. Vedremo più sotto se tutto ciò sia conciliabile. L'interesse delle parti potrà essere difatti il più vivo; potranno sorgere controversie ardenti e delle più ardue e scompigliate che mai si veggano correre pel fòro.

La quale avvertenza ci richiama un tratto sulla importanza di *una rettificazione dello stato civile*; e ci conduce a risultamenti che oltrepassano la breve cerchia di queste sparse disposizioni.

Sotto il velo di una rettificazione dello stato civile può coprirsi una questione di stato matrimoniale o di figliazione, e possono celarsi i più vitali interessi di famiglia, di nobiltà, di successione e di esistenza civile. I registri dello stato civile sono monumenti storici dell'essere di ogni cittadino; lo specchio in cui ciascuno può mirare se stesso nelle sue relazioni personali colla natura, colla società e collo Stato. Il preteso coniuge che trova nei registri il nome di un altro, e perciò l'annunzio di un falso matrimonio, domanda la rettificazione dello stato civile, e la surrogazione del proprio nome. Il figlio naturale che si pretende legittimo per entrare di sbieco nella famiglia del genitore, domanda la rettificazione dello stato civile e l'aggiunta di lui agli altri figli legittimi. La legge si passa di tutto questo, e dice che *il tribunale provvede in camera di consiglio*. Siamo sicuri che gli interessati saranno chiamati a contraddittori, e così entreremo in quella terza categoria che si accenna al n. 3 della procedura. Ma in camera di consiglio non possono nè denno sciogliersi le grandi questioni or ora accennate.

Vi hanno *più maniere di rettificazioni dello stato civile*. La domanda può aver più o meno un precedente giuridico: può essere più o meno dimostrata; avere più o meno d'importanza. La questione del matrimonio e della figliazione, riuscita a tale e giudicata in guisa che l'enunciato del libro dello stato civile più non risponda alla verità e debba mutarsi, ha prodotto quindi la necessità della *rettificazione materiale*; la domanda deve sempre proporsi al magistrato speciale designato dall'art. 401 del Codice civile. Se non che in questo caso la rettificazione si presenta *in forma di esecuzione* della regindicata. Il tribunale non ha che a verificarne il contenuto e applicarne la disposizione. Può non aversi precedente giudiziario, nessuna decisione: ma sonosi riscontrati errori materiali di nomi, di tempo, di forma, la cui correzione eccede la facoltà, sempre ristretta, dell'uffiziale dello stato civile. Ebbene bisogna rivolgersi al tribunale (2). Finalmente si domandano rettificazioni, ma queste dipendono dal determinare diritti contenziosi di più o meno grave natura; *il tribunale allora rinvia la questione alla sede competente* per il giudizio del diritto, esaurito il quale, egli sarà invocato per la rettificazione, *mentre l'uffiziale dello stato civile non riceve ordini che da lui*, direttore e capo immediato.

Consultando l'articolo 133 del regolamento, noi troviamo una forte espressione, *le rettificazioni*, ecc., *si fanno in forza di sentenze dei*

(1) Di *annotazioni in margine* fanno menzione gli articoli 93, 96, 107, 123 del regolamento suddetto: i tre primi specialmente accennano alle sentenze che hanno autorizzato il cangiamento, restando per tal modo integro il corpo della scrittura, onde ognuno può sempre leggervi il mutamento, e dal confronto intenderne l'oggetto. Le annotazioni *per legge* o *regolamento* sono quelle che non adducono un vero cangiamento, che non hanno quindi d'uopo di pronunciazione di un'autorità qualunque: qualche omissione di un'indicazione necessaria: l'articolo 93 parla dell'*annotazione in margine*, dell'*atto di opposizione* sul processo verbale, di *richieste delle pubblicazioni* di matrimonio: che è un dovere dell'uffiziale dello stato civile. Vi è ancora un annotamento che inchiude una sostanziale mutazione, ed è quella indicata dall'articolo 124 (cambiamento o aggiunte di nome e cognome), che si fa in virtù di decreto reale. Tutti questi infatti sono modi di esecuzione.

(2) Vedremo un po' più avanti che la mozione d'uffizio del pubblico ministero cade ordinariamente su questo punto.

tribunali passate in giudicato; espressione che sembra denotare un giudizio ordinario, solenne, circondato di quelle guarentigie nelle quali trovano ragione di essere e la loro suprema potenza le cose giudicate. Ma passando di poi al nostro articolo 845, il campo sembra restringersi. La libertà della difesa è pressochè nulla. Un ricorso in forma stragiudiziale; una pronunzia in camera di consiglio e quasi segreta; una facoltà nel tribunale di chiamare o no le parti interessate; di convocare o no un consiglio di famiglia (1). Non è in questo modo di una semplicità primitiva, che si risolvono così gravi affari.

Concludiamo adunque; che il tribunale al quale è portata una domanda di *rettificazione di atti dello stato civile*, deve prender cognizione e penetrarsi della gravità della questione giuridica, che può nascondersi in quella, e dovrebbe decidersi prima di venire al fatto monumentale del cambiamento dei registri per la modificazione che si è scoperta nell'essenzialità civile delle persone che vi sono scritte. A dispute più facili, meno interessanti e prontamente dimostrabili, il tribunale può e deve dare ascolto e pronunciare in camera di consiglio.

4. Aggiungiamo un altro argomento per mettere vieppiù in sodo questo che noi crediamo l'unico modo di applicazione legittima che possa avere l'articolo 845.

Si legge nell'articolo 403 del Codice civile: « La sentenza di rettificazione non potrà mai « essere opposta a quelli che non concorsero « a domandare la rettificazione, o non furono « regolarmente chiamati in giudizio ». Si viene da ciò inferendo, che non è possibile supporre che una controversia di stato personale sia soffocata fra le braccia di un magistrato che siede quasi in disparte da coloro che hanno diritto a disputarne con ogni mezzo di prova; che non giudica, *ma provvede sentito il pubblico ministero* (quasi in famiglia; alle cui sentenze non sono affisse forme garanti; ove pur anche l'appello, non bene definito, non sarebbe che la ripetizione dello stesso giudizio compendioso e quasi privato. Si comprende che una *rettificazione* materiale, più o meno importante, ordinata in tal guisa, non possa assumere grado di cosa giudicata, *quoad omnes*, come una vera *azione pregiudiziale* (2), ma si comprende ancora che per acquistare giuridicamente *et universali jure* ragione di figlio legittimo, escluso che io fossi dalle sacre pagine del libro di nascita, dovrei far valere le mie azioni in quegli ampi e più solenni modi che sono prescritti nelle leggi, nè potrei traforare per lo sdruscito di un registro di atti civili, sotto specie di rettificare l'errore che vi era sfuggito (3).

Noi vediamo ora a che si riducono *quelle sentenze passate in giudicato*, alle quali l'articolo 133 del regolamento si riferisce, e quale ne sia il limite. E in questa sfera d'azione *si restringe eziandio l'iniziativa del pubblico ministero*. Ciò che si dice di lui nell'articolo 134 del regolamento, non può estendersi oltre quelle correzioni di registri che non implicano una indagine e una cognizione profonda delle relazioni di diritto, malgrado il debito che gli è imposto di chiamare *le parti interessate*, e *senza pregiudizio dei loro diritti* (4).

5. *Dell'appello* o *reclamo*.

L'articolo 845 non fa parola nè dell'uno, nè dell'altro. Si dirà che poco importa, ritenendosi applicabile, com'è il vero, la disposizione generale dell'articolo 781.

Se non che fu ivi osservato non essere al reclamo prefisso dalla legge alcun termine (5); e la ragione fu questa, non esserci propria-

(1) Che in molti casi non avrà ragione di esser convocato.

(2) « Dicuntur præjudiciales (actiones) *ratione « contingentiæ*, quando causæ ita se contingunt ut « sententia lata in una faciat præjudicium et pa- « riat exceptionem rei judicatæ in alia... dicuntur « actiones præjudiciales, *quando agitur de statu per- « sonæ alicujus...* « (Oinotomi, ad tit. de actionibus, § 13 de institut.). Non si può esser *figlio* rimpetto ad uno, e rimpetto ad un altro no; come non si poteva ad un tempo esser liberto verso quelli che gli avevano disputata in giudizio quella qualità, restando schiavo rimpetto a coloro che non erano intervenuti in giudizio.

(3) Se la qualità di figlio fosse dedotta da tutt'altro che da un giudizio e da sentenze, ma dall'atto della ricognizione paterna ammessa dalla legge (esempio l'articolo 583 del Codice civile), siamo d'accordo che più non resterebbe fuorchè la sentenza del tribunale nei precisi termini del nostro articolo 845.

(4) Articolo 134, capoverso: « Il pubblico mini- « stero deve promuover d'uffizio le rettificazioni « delle irregolarità che sono state accertate nelle « verificazioni eseguite a norma degli articoli 126 « e 129 del presente regolamento, e 365 del Codice « civile, e può anche promuoverle d'ufficio negli « altri casi, se la rettificazione è d'interesse pub- « blico; chiamate poi sempre le parti interessate, « e senza pregiudizio dei loro diritti ».

(5) Massima ritenuta anche dalla nostra corte di cassazione in una decisione dell'11 gennaio 1866, ricorso Costa. — Relatore Canina.

mente un contraddittore i cui diritti fossero limitati da sentenza, la quale potesse imporsi colla virtù di cosa giudicata. Laonde il *reclamo* suole sempre provenire dalla parte istante che non trovò la sperata adesione nel magistrato. Diremo lo stesso anche qui dove può esistere contraddittore, se al tribunale piacque d'invitare le *parti interessate*, e siano intervenute? A questo si risponde che mancando ogni precetto, ogni sanzione espressa, senza cui non può essere decadenza o nullità, saremo ancora allo stesso punto di non aver termine al reclamo. Volendosi procedere con ogni cautela, si dovrebbe costituire in mora l'avversario, userò questa formola non del tutto esatta nel tema, scorso il quale senz'aver introdotto il reclamo, si passerà ad eseguire il decreto effettuando la materiale rettificazione sui registri.

6. Faremo un'ultima osservazione sull'articolo 137 del regolamento così concepito: « I « tribunali del regno sono competenti a ret- « ficare gli atti dello stato civile ricevuti da « autorità straniera, quando questi furono tra- « scritti negli atti civili del regno ».

E qui pure verrebbe acconcio il domandare perchè un pronunciato di sì gran momento si lasci, per così dire, vagare fuori del corpo delle leggi emanate dal potere legislativo: subbietto fors'anche di non lievi obbiezioni nelle contestazioni forensi. Può nondimeno addursi in difesa, che codesto disposto deve più presto considerarsi esplicativo o dichiarativo di principii generali pertinenti al diritto pubblico dello Stato, che attributivo di una giurisdizione non preesistente e nuova. Le forme degli atti sono in dominio del luogo ove prendono vita (*locus regit actum*); e il correggerle, come il mutarne l'estrinseca veste, o sia ingiunto da una legge generale del regno, o sia reso necessario da qualche particolare circostanza, è nei poteri ingeniti dello Stato; non potrebbe venir contraddetto da giurisdizione straniera. Si pone nell'articolo l'ipotesi di *atti ricevuti da autorità straniera*. Un atto di morte, un atto di matrimonio, può esserci tramandato da *un'autorità straniera*, dalla quale riceviamo l'autentica notizia e anche, se vuolsi, l'atto bello e fatto; *ogni rettificazione che non alteri l'integrità intrinseca dell'atto*, ogni rettificazione estrinseca, materiale, necessaria o per servire alla legge, o per servire alla chiarezza e alla verità, non ispetta meno al ministero dello Stato. Se la iscrizione invece nei libri dello Stato siasi effettuata *in esecuzione di una sentenza di tribunale straniero*, la rettificazione ufficiale potremo sempre farla guardando quei limiti, e sarà adito il tribunale speciale a questa materia (articolo 401 del Codice civile). *Ma se i rapporti di diritto dovranno cangiarsi* tal che il movimento sui registri non ne sia che la dimostrazione e la conseguenza, l'articolo 836, in coerenza alle cose superiormente dette, non sarebbe più applicabile (Vedi il nostro commentario sul Codice civile a questo titolo).

TITOLO VIII.

DEL PROCEDIMENTO RELATIVO ALL'APERTURA DELLE SUCCESSIONI.

CAPO I.

DELL'APPOSIZIONE E DELLA RIMOZIONE DEI SIGILLI.

OSSERVAZIONI GENERALI

« Un regolamento che assicuri la materiale esistenza degli effetti mobiliari, documenti e carte della successione; che detti norme e riti facili e spediti per constatarne la quantità e qualità, e, quando sia d'uopo, il valore; che provegga alla distrazione dei beni ereditari se l'erede non è libero, poichè ammesso a godere del benefizio dell'inventario è soggetto a vincoli correlativi, a rispetti, a cautele interessanti il corpo dei creditori ipotecari; che moderi e governi la disposizione della sostanza fra i vari e moltiplici interessi della successione; che finalmente assegni alle eredità disoccuppate (giacenti) tutelare rappresentanza, prescrivendo l'indirizzo e il limite della sua azione, tutto questo è importante; è quel complesso di disposizioni che sono contenute nel presente Titolo » *Commentario al Codice sardo*, anno 1854-1859, vol. V, p. II, pag. 201).

SEZIONE I.

Dell'apposizione dei sigilli.

Articolo 847.

Quando si faccia luogo all'apposizione dei sigilli vi procede il pretore.

Nei comuni in cui non ha sede il pretore, i sigilli possono essere apposti, in caso di urgenza, dal conciliatore, il quale ne trasmette immediatamente il processo verbale al pretore.

Annotazioni.

Estensione di questa disposizione.

La formola dell'articolo 847 tende a generalizzarsi: *quando si faccia luogo all'apposizione dei sigilli*. Al che si può obbiettare che l'epigrafe del titolo non riguarda che l'*apertura delle successioni* onde la formola prende un significato restrittivo. Ma fu già per altri autori riflettuto, che non contenendosi negli ordini del rito che queste norme di procedere in fatto di apposizione e levata de' sigilli, non si poteva attingere che a questa sola fonte la regola anche per i casi non mentovati.

Diligentemente il Carré ci ha indicati gli altri casi in cui si ha mestieri di custodire dei mobili, appiccandovi i suggelli. E sono: 1° assenza presunta: deficienza di custodi (arti-

colo 21 del Codice civile italiano); 2° separazione di corpo o di beni (1); 3° interdizione, se l'urgenza lo richiegga. E su ciò non può cader dubbio; 4° se trattasi di sequestrare carte e documenti presso un terzo che intanto si trovi assente. L'usciere che non può trasportare le carte, vi pone i sigilli; 5° fallimento (art. 546 del Codice di commercio); 6° caso di morte e di successione ereditaria, che è l'attuale.

Articolo 848.

L'apposizione dei sigilli può essere richiesta:

1° Da coloro che possono aver diritto alla successione;

2° Dall'esecutore testamentario;

3° Dalle persone che dimoravano col defunto, o che erano addette al servizio di lui, se il coniuge, gli eredi o alcuno di essi siano assenti dal luogo;

4° Dai creditori che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione dal pretore, il quale non può ricusarla senza cause gravi al creditore munito di titolo esecutivo.

Chi domanda l'apposizione dei sigilli deve eleggere domicilio nel comune o nel mandamento in cui si deve procedere, coll'indicazione della persona o dell'uffizio presso cui lo elegge. Se vi abbia domicilio o residenza, può invece dichiarare la casa in cui ha l'uno o l'altra.

Annotazioni.

1. *Atti conservatorii mediante il sigillamento; varie categorie di atti conservatorii.*

Vi hanno *atti conservatorii* che implicano affermazione ed esercizio di diritti; ed altri che hanno per oggetto l'utilità soltanto in vista di un interesse più remoto, o anche in vista di un interesse generale. I primi, sotto l'aspetto, per dir così, seducente di conservare e di non pregiudicare alcuno, limitano in effetto il diritto altrui, ed estendono il proprio. Tutti quegli atti conservatorii che noi esercitiamo contro chi ci si pone contro quale avversario, sono della prima maniera. È vecchio ditterio che bisogna in un qualche modo provare il *bonum jus*; così nel caso esemplato da Carré non si potrebbero sequestrare (chè tale è l'effetto della sigillazione) i mobili del coniuge contro il quale si è mossa l'azione di *separazione dei beni*, ove non si mostrasse dal canto suo un principio di buona ragione. La sequestrazione a cui soggiace nel suo patrimonio mobiliare il fallito è quella restrizione di libertà reale che è il primo e doloroso prodotto del suo fallimento: cioè la *imposizione del diritto altrui.*

Vi ha *un altro ordine di atti conservatorii*, che è quello del n. 1 del presente articolo. In questo esercizio non si afferma propriamente *un diritto ostativo e limitativo di un altro diritto;* ma in un interesse meno concreto e più remoto, si adopera per la salvezza dei beni mobili che costituiscono o tutto o in parte l'ente ereditario. La sostanza è abbandonata dal defunto: non vi è chi lo rappresenti continuando visibilmente il possesso di lui (2). Chi agisce e fa istanza per la sigillazione e custodia di essi, non procaccia a sè il vantaggio di una posizione giuridica e migliore, qualunque: non toglie ad altri veruna facoltà di possesso, godimento, disponibilità; giova infine a tutti coloro che hanno diritto nella successione.

Havvi finalmente *una terza classe d'atti conservatorii*, che si manifesta sotto la forma della sigillazione dei mobili, che astrae da qualunque interesse personale, e non ha per oggetto che il bene e l'utile di terzi; atto che può essere un dovere legale. o semplicemente un ufficio filantropico e umano, al tutto degno di onore.

È un dovere legale se si esercita dal pubblico ministero che ha la nobile missione di sostituirsi procuratore ai negozi di coloro che versano in luoghi lontani, impotenti ad attendervi; ma la legge, come vedremo all'art. 849, descrive e misura i suoi passi, non permette

(1) L'articolo 869 del Codice di procedura francese permette *atti assicurativi* sui rispettivi beni dei coniugi, e quell'articolo suol citarsi di preferenza per appoggiare questa deduzione, abbracciata anche da Carré. L'articolo 1418 del Codice civile italiano ha quanto basta per autorizzare in date circostanze il sigillamento.

(2) Siamo ora in questa ipotesi: più avanti ragioneremo in una ipotesi diversa.

una iniziativa, a dir così, troppo curiosa, una intromissione troppo spontanea negli affari dei privati quando o vi abbia chi possa tutelarli, o qualche elemento superiore non si appalesi a giustificarne l'azione. Intanto la legge consente volentieri questa ingerenza benefica *alle persone che dimoravano col defunto*, o *che erano addette alla persona di lui*, che è il caso del n. 3 dell'articolo 848.

2. *Della dimostrazione dell' interesse per colui che può aver diritti nella successione.*

Ognuno *che invoca l'autorità del magistrato giudiziario* deve indossare la sua veste giuridica: *quis es?* È sempre la prima domanda che si fa a chi batte a questa porta. Quando non si ha un interesse personale, che è la chiave di tutte le azioni, bisogna mostrarne uno che vi è affidato direttamente dalla legge, senza imporvi però una obbligazione che come tale non avrebbe causa; è infine l'interesse della stessa legge. Se dessa non autorizzasse le persone indicate nell'articolo 3 a richiedere l'autorità per l'apposizione dei sigilli, indarno si allegherebbe il pio desiderio di giovare agli eredi, qualunque siano. Ogni uomo può fare il bene, e come gli potrebb'esser vietato? Se trova le greggi vaganti e disperse e le raccoglie ne' suoi stabulari; se scorge nella deserta casa del defunto carte preziose, oggetti di valore, facile preda di nibbi rapaci, e le ripone per guardarli ne' suoi forzieri, sia lode, ma non esercita atti giuridici. L'atto giuridico è sempre l'esercizio di un diritto. Benchè la sigillazione di enti ereditari non contenga necessariamente l'affermazione di un diritto proprio, limitativo di un altro diritto, tuttavia la legge preferisce colui che ha un interesse civile a chi non ha che un interesse morale, quantunque fondato nella stessa legge civile; e non abilita i domestici del defunto, *se non nell'assenza del coniuge* o *degli eredi*.

Ora portiamoci ancora all'esame del n. 1 dell'art. 848. Osserviamo la larghezza della sua formula: *coloro che possono aver diritto alla successione*. L'articolo 909 del Codice di procedura francese usa questa espressione: « Tout ceux qui prétendront avoir droit dans « la succession ou dans la communauté » (1). Non vi ha differenza nel concetto; ma l'allontanare l'idea di una *pretesa alla successione* in questo fatto conservatorio, ha giovato all'esattezza ideale, e ha prodotta una dizione anche più comprensiva. Se non temessi nota di soverchia scrupolosità nelle parole, alle quali però, in tema di leggi segnatamente, io soglio attribuire un gran valore, mi piacerebbe veder corretta la espressione *diritto alla successione*, adottando invece la francese, *nella successione*; rammento che Levasseur (*Manuel des juges de paix*) ne dava lode al redattore, facendosi luogo anche ai successori singolari, ai legatari, donatari parziali, ecc. Tuttavia il senso della disposizione è lo stesso, e non ci può esser dubbio.

Non è mestieri venir enumerando i titoli alla successione totale o parziale, o compartecipazione dei beni ereditari, che potranno allegarsi per esercitare quella facoltà. Gli eredi testamentari; gli eredi legittimi, eziandio in confronto di un testamento, se il testamento non è riconosciuto, o si abbia in animo di chiederne l'annullamento: il donatario, il sostituito, l'usufruttuario, ecc. Secondo Carré (quest. 3064) e Pigeau (*Commentaire*, t. II, pag. 615 e 616) anche i *figli naturali*, ai quali qualche parte si devolve della eredità, sono abili a fare questa domanda.

Dichiarare quale sia l'interesse che può allegarsi, non è stanziare sulla prova. L'allegato interesse dovrà provarsi? La seguente proposizione del Carré non pare credibile. Il richiedente, egli dice, non dee provar nulla. « Nous « entendons qu'il suffit qu'elle requière l'appo» sition *sous une des qualités mentionnés dans* « *l'article*, sauf a discuter ensuite la légitimité « de son droit » (quest. 3066). Ma con parecchie decisioni sorgono in opposto Chauveau, Favard de Langlade ed altri, che giustamente osservano che ognuno potrebbe pigliarsi questo diletto di far sigillare i mobili della eredità senz'altra pena che di asserire un titolo. Fra la prova rigorosa del titolo e la nuda asserzione, un mezzo vi ha certamente che deve seguirsi. Il pretore dovrà starsi contento a lievi dimostrazioni, ma pure alcune bisogna presentarne: una certa persuasione deve apparire all'animo suo, e sopratutto *deve guardarsi dal ferire diritti che si fossero ad altri acquistati.*

In questa delicata ricerca, noi spieghiamo volentieri la parola *diritto* nel semplice rapporto del possesso. « Il possesso dei beni del « defunto passa di diritto nella persona del« l'erede, senza bisogno di materiale appren« sione » (articolo 925 del Codice civile) (2). Bisogna rammentare anche l'art. 926: « Se

(1) Comunione coniugale; combinazione, com'è noto, assai coltivata nella legislazione francese.

(2) *Le mort saisi le vif*, è oggidì un assioma, come si dice nel ragguardevole commento dei signori Cat-

« altri che pretende aver diritto sopra i beni « della eredità, ne prende possesso, gli eredi « si hanno per ispogliati di fatto, e possono « esercitare le azioni tutte che competono ai « possessori legittimi ». Dopo ciò può assumersi il tema seguente.

3. *Della facoltà di chiedere la sigillazione, considerata nei rapporti col possesso della eredità.*

La sigillazione, come modo di custodia e di conservazione, può essere chiesta *anteriormente ad ogni possesso*; o *in conseguenza e come una forma dell'esercizio del possesso stesso*. Riteniamo queste due basi. Osserviamo come si verifichi tale condizione di cose.

Per certo la ipotesi del n. 3 di questo articolo 848 non può verificarsi che *prima di ogni possesso*, almeno conosciuto (1). Prescindendo da queste persone che agiscono per senso di umanità, altri vi ha che muovendosi per un certo interesse nella successione, confessa non avere il possesso mentre ha bisogno di rivolgersi al magistrato all'effetto di custodire i beni; e trovandolo vacuo questo possesso, egli non intende di rivestirsene. Altre sigillazioni invece *susseguono, non precedono il possesso*; e qui una suddivisione. Ora la domanda affinchè segua la sigillazione (che deve sempre dirigersi al magistrato) (2) *è un modo di esercizio del possesso medesimo, e lo presuppone*; ed ora *suppone invece il possesso altrui*. È un esercizio del possesso nel caso del n. 2 del nostro articolo. Perchè l'*esecutore testamentario* procede all'atto della sigillazione? Perchè vi è un testamento che investe di possesso gli eredi; perchè esso li rappresenta; perchè insomma è in possesso, e fa un atto di buona amministrazione. I creditori invece, mentovati al n. 4, non aspirano al possesso, non lo asseriscono; ma fanno punto d'appoggio alla loro domanda *il possesso dell'erede*, almeno nelle condizioni ordinarie, il che mi farò a spiegare in qualche numero successivo.

Poste così colla brevità che mi è imposta codeste distinzioni, le sigillazioni *antipossessoriali* non hanno più luogo appena il possesso giuridico, quello cioè che compete *de jure* agli eredi in forza di leggi, abbia acquistato il suo carattere esteriore e manutenibile; più non si ascoltano quelle domande che furono trovate buone, utili e anco lodevoli, quando si trattava di sostanze abbandonate, e in pericolo di logorarsi o perire. L'erede creato dalla legge o dal testatore, come dimostri animo e volontà di possedere, e si manifesti possessore gerendo come tale, respinge qualunque velleità di pretendenti che mai volessero ricorrere alle norme in questo titolo significate sotto pretesto di pericoli per le cose ereditarie. Pertanto *quell'atto di sigillazione che non aveva carattere possessorio* mentre il possesso era vacuo, ora che il possesso è pieno, sarebbe o *una turbativa di possesso*, o *una limitazione giuridica del possesso medesimo*.

Sarebbe una *turbativa* quando la sigillazione non fosse l'effetto di una posizione legale, o di una sentenza (3). Ma potrebb'essere *una limitazione giuridica del possesso medesimo*, ed è ciò che veniamo a vedere rispetto ai creditori.

4. *Del diritto dei creditori onde procedere alla sigillazione degli enti ereditari.*

Ho detto di sopra (n. 3 di questa nota) che i creditori chiedenti l'apposizione dei sigilli, *per l'ordinario*, si appoggiano nello stesso possesso degli eredi. Il creditore non esercita un'azione reale su cose mobili (salvo rarissimo caso di un diritto reale); il creditore, facendo eseguire la sigillazione, *esercita un'azione personale*. È d'uopo *che si conosca l'erede*, e questo erede si trovi, collo spirito almeno e colla volontà, tenere a sè quegli effetti dei quali si teme la dispersione. Non potrebbe altrimenti percepirsi *il rapporto di creditore e di debitore*, e questa specie di sequestro non potrebbe effettuarsi. Il magistrato che deve accordarne la permissione (articolo 848, n. 4) non vorrebbe attribuire un diritto, che rispetto

taneo e Borda, in fatto di legislazione successoria moderna, a differenza dell'antico sistema romano. Questo punto storico è dottamente discorso nelle loro Annotazioni all'articolo 925.

(1) Mi esprimo così, mentre per lo indicato articolo 925 del Codice civile un possesso giuridico ci sarà, dacchè supponiamo la esistenza di un erede qualunque: possesso che non si presenta ancora coi caratteri estrinseci del fatto che il magistrato pienamente ignora.

(2) Volendosi proprio una custodia in forma di sigillazione, il solo magistrato può autorizzarla e regolarla.

(3) Perciò chi asserisce un diritto qualunque nella successione, legatario ed altri, non si rivolge più al pretore per gli effetti dell'articolo 847, ma promuove le sue azioni in sede contenziosa a termini di ragione. « Si le légataire universel (erede) a été « institué par un testament authentique, il a la « saisie de droit et de fait, et les héritiers non ré« servataires *ne pourraient requérir l'apposition des* « *scellés*, si ce n'est en critiquant le testament » (Pigeau, tom. II, pag. 616, 617). Ma ponete mente che si parla di *testamento autentico*.

ai creditori ha una gravità molto maggiore, se non fosse assicurato che il debitore è anche l'erede.

Ora è a vedere che qualità o titolo abbiano a rivestire i creditori ai quali un tal diritto appartiene. Teniamo conto di alcune mutazioni legislative.

L'art. 909 della procedura francese: « L'ap« position des scellés pourra être requise...... « 2° pars tous créanciers *fondés en titre exécu« toire ou autorisés par une permission soit « du président*, ecc. » (identico l'articolo 986, num. 2 del Codice di procedura napoletano). L'art. 1039 del Codice sardo del 1859 diceva: *quei creditori che ne avessero ottenuta la permissione anche verbale del giudice*. L'ultima legge usa un'altra e riflessibile formola:...... *dai creditori che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione del pretore, che non può ricusarla senza cause gravi al creditore munito di titolo esecutivo*.

Per la legge francese *titolo esecutorio* o *permesso del giudice* è la stessa cosa. Se non che il *titolo esecutorio* statuisce al creditore un diritto.

La legge sarda non escludeva la forza che un titolo esecutivo avrebbe potuto esercitare sulla persuasione del giudice; ma sembrando non voler distinguere un motivo dall'altro, lasciava ogni facoltà di deliberazione al giudice stesso.

La legge attuale riproduce nel suo primo periodo la medesima facoltà, ma nel secondo, nell'apparente aspetto di un'ampliazione, inchiude una limitazione.

Farò aperto il mio pensiero. Il pretore, si dice, *non può ricusare l'autorizzazione senza cause gravi*. Ma tosto soggiunge, *al creditore munito di titolo esecutivo*. Il pretore può dunque non acconsentire alla sua domanda malgrado la posizione di diritto nella quale il creditore si trova in faccia al debitore. Che diremo adunque di quei creditori che non hanno titolo giudicato e forse neppure scaduto?

Spingendo l'analisi, si possono venire adombrando le varie applicazioni di questo testo, in quanto hanno una certa proporzione o rapporto collo stato del processo.

La legge non richiede come condizione assoluta nel creditore il possesso di un titolo esecutivo, mentre talvolta questo medesimo possesso non basta. Ciò dipende, come io testè diceva, dalla varia posizione delle cose. Se mi figuro una eredità composta in tutto o in gran parte di effetti mobili; uno stabilimento industriale ove si hanno macchine, attrezzi, manifatture, sostanze e materie che servono alla fabbricazione, istrumenti, ecc.; e con essi carte, registri, libri di negozio, ogni cosa esposta per la improvvisa morte del proprietario o conduttore, se si presenta un creditore notevole, urgente, privilegiato, avendo egli fornito in gran parte il danaro che fu necessario all'acquisto di quei capitali, il locatore dello stabilimento con fitti scaduti o prossimi a scadere, e via discorrendo, un tal creditore, in siffatte condizioni del patrimonio, non potrebbe, come ognuno vede, essere respinto in una domanda assicurativa. Eppure *non è munito di titolo esecutivo*. Posso anche supporre che i suoi titoli di credito siano meno urgenti di quelli che ho supposto; e nondimeno una ragionevole latitudine è lasciata alla saviezza del magistrato.

Ma per solito questa misura preventiva e precauzionale dei sigilli è chiesta da altri interessati. Il patrimonio ha già un possessore, benchè l'inventario non sia ancora compilato, benchè penda il termine a deliberare e la eredità non sia definitivamente fissata nel possessore. Le cose tuttavia *non sono abbandonate*, e vi è chi ne risponde. Il creditore che paventa pericoli, che vuole affrettare le operazioni, *promuove la istanza dell'apposizione dei sigilli*. Ma è chiaro che in tal caso egli esercita sul patrimonio una specie di pressione a pregiudizio del possessore, limita l'uso e il godimento che questi ritiene, si mette insomma in opposizione coll'altrui apparente diritto. Deve adunque presentare titoli di credito tali, alla evidenza dei quali non si possa per così dire resistere. Egli ha un *titolo esecutivo*, una sentenza passata in giudicato. Egli è fondato nella sua pretesa. Con tutto questo non ha un'azione libera e indipendente: il giudice *può ricusare l'autorizzazione*. Gravi e giuste cause sarebbero: la inutilità della sua domanda ove il patrimonio apparisse competentemente assicurato; ove ricca fosse la sostanza e tenue il credito; ove il credito fosse consolidato da altre garanzie; ove apparisse uno spirito di emulazione e vessatorio.

Da uno stato di esposizione e di abbandono sono passato allo stato di occupazione del patrimonio ereditario; ho notato come anche in questo secondo capo il creditore possa conseguire la *sigillazione*, ma abbia d'uopo di spiegare più potenti titoli di credito.

Finalmente se guardisi lo stato definitivo del patrimonio nell'erede, non resta al creditore che l'esercizio ordinario delle sue azioni, e la facoltà, come sia di ragione, di mandaro ad effetto il suo titolo esecutivo.

Intanto nasceranno delle dispute e converrà

osservare il modo di procedere, il che faremo parlando dell'articolo 850.

5. *Della successione per testamento olografo, e degli eredi legittimi.*

Vi è dunque per le cose esposte, nel processo di apposizione di sigilli implicata, sottintesa o possibile, una questione di possesso. La legge non assegna che un solo limite perentorio alla domanda e all'esercizio di questa misura, come vedremo nell'art. 854. Vi hanno nondimeno limiti razionali che dividono, per così esprimermi, una zona di diritto dall'altra. In confronto di un *possesso legittimo*, di un possesso *che presenti sufficiente garanzia di custodia*, il magistrato non darebbe facile corso al sigillamento, e l'atto potrebbe annullarsi.

L'erede si trova o no in possesso? O con altra formola: *continua egli il possesso del defunto?* Nel punto di vista giuridico (1), gli eredi legittimi, gli eredi testamentari *che posseggono titoli autentici, riconosciuti dalla legge*, e che per esserlo non hanno d'uopo di fatto d'uomo, verificano fuor d'ogni dubbio il pronunciato generale di ragione. « Il possesso « continua di diritto nella persona del succes« sore a titolo universale » (articolo 693 del Codice civile). Abbiamo un altro testo che si dedica alla forma del possesso, perpetuo scoglio di questa materia. « Il possesso dei beni « del defunto passa di diritto nella persona « dell'erede, *senza bisogno di materiale ap« prensione* » (articolo 775 del Codice civile). Siamo già molto avanti per ritenere che rapporto *ai testamenti olografi* non possa giudicarsi altrimenti.

Il testamento olografo, per molti anni bandito da pressochè tutti i fôri italiani, è ricomparso: elemento liberale e progressivo, secondo alcuni; sorgente di pericoli e pascolo di falsari, secondo altri. Checchessia, il testamento olografo nasce privato e si fa pubblico mediante le formalità, indispensabili e rigorose, dell'art. 912 del Codice civile. Il testamento olografo non ha valore e non *riceve la sua esecuzione* che dopo l'adempimento di quelle formalità. « *Essendo il testamento olo« grafo un atto privato*, non fa fede da sè, e « la sola denegazione della scrittura di mano « del testatore ne arresta la esecuzione » (Cattaneo e Borda, Codice civile ann. sulla dottrina di Sirey all'art. 1007 del Codice civile francese).

Questa condizione del testamento olografo è così propria della sua natura, che è forza declinare l'applicazione dei sopracitati articoli 693 e 775, e lasciare nella realtà una sospensione fra la morte del testatore ed il giorno nel quale le formalità della pubblicazione avranno il loro compimento. Che il possesso che più tardi discenderà per virtù giuridica nell'erede, si ricongiunga negli effetti, senza apprensione di fatto, al tempo della morte, nel qual tempo va a fissarsi l'apertura della successione, io pure ne convengo; ma dico che nell'intervallo la eredità non è rappresentata. Fu per questo che, versando in tema di apposizione di sigilli, il Pigeau insegnava: « Si le « testament est olographe ou mystique, l'acte « n'est par authentique, et ne peut obtenir le « bénéfice de l'exécution; *dans ce cas, les héri« tiers légitimes ont le droit de faire apposer « les scellés* » (*Comm.*, tom. II, pag. 616 e 617). La giurisprudenza unanime approvò questa dottrina (Chauveau, quest. 3064 ter).

Con ciò è risoluto anche il nostro quesito. Esso consisteva in sapere *se chi è istituito erede in testamento olografo, ancorchè possegga di fatto, sia da reputarsi possessore giuridico* per respingere gli eredi legittimi che chiedono la custodia dei mobili ereditari mediante i sigilli. Sarà uno degl'inconvenienti, e non l'ultimo, dei testamenti olografi. Per deviare l'esercizio di questo diritto cautatorio non basta avere un possesso di fatto, è d'uopo avere un possesso giuridico. Non si tratta di respingere una turbativa *inflitta ad un possesso materiale;* sarebbe una turbativa allora solo che il possesso di erede, quanto dire di proprietario, si avesse. La detenzione insomma non sorretta dal titolo che si allega per giustificarne il diritto, non trattiene l'azione di chiedere i sigilli, quando si hanno le condizioni richieste da questa legge.

Articolo 849.

I sigilli sono apposti tanto a richiesta del ministero pubblico, quanto sulla dichiarazione del sindaco del luogo, o anche d'uffizio:

1° Se il coniuge o alcuno degli eredi sia assente dal luogo;

(1) Si è avvertito che può talvolta mancare il possesso visibile e di fatto.

2° Se tra gli eredi vi siano minori o interdetti non provveduti di tutore o curatore;

3° Se il defunto sia stato depositario pubblico.

La disposizione di quest'articolo non si applica ai casi indicati nei num. 1° e 2°, quando il testatore abbia ordinato altrimenti.

Nel caso indicato al numero 3° i sigilli si appongono soltanto sugli oggetti depositati.

Annotazioni.

1. È lo Stato protettore che si muove anche una volta verso coloro che abbisognano del suo soccorso. Quelli che ne abbisognano sono primieramente gli *assenti*; gli *incapaci non provveduti di tutore;* quei terzi i cui effetti e valori vennero affidati a *un depositario pubblico* che ha abbandonato tutto, inclusive i loro depositi. È un dovere d'ufficio affidato al ministero pubblico e anche al sindaco locale; che sarà o non sarà adempito, poichè codesti avvenimenti privati non appaiono sempre alle autorità; forse non lo sarà in tutti i luoghi ove il defunto ha sparsi i suoi mobili, i suoi animali, le sue carte, ecc.; ma gioverà molte volte, e questo basta.

2. *Dell'assenza.*

La legge si è spiegata chiaramente, *assente dal luogo.* Vola dunque in soccorso anche dell'assenza presunta, non ancora formalmente dichiarata (1).

Il coniuge superstite, nella lealtà, nello spirito di conservazione e di economia, tien luogo del defunto nel concetto della legge. Se anche il coniuge è assente allora la legge sembra desiderare la *presenza di tutti gli eredi.* Non è sempre cosa facile; quindi l'ufficio del pubblico ministero e del sindaco sarà ordinariamente in moto.

Vi ha una classe di cittadini che suole trovarsi abitualmente lontana dal patrio focolare; e sono i militari, gli individui addetti all'esercito. La legge dell'11 ventoso e del 16 fruttidoro, anno II, conteneva uno speciale regolamento, per il quale dovevano essere avvisati dall'apposizione dei sigilli.

3. *Se il defunto è stato depositario pubblico.*

Il testo francese (articolo 914, n. 2, della procedura) diceva: *si le défunt était dépositaire public.* E siffatto modo di esprimersi lasciava il dubbio, se si trattasse di tale depositario che si fosse trovato nell'esercizio delle funzioni *al momento della sua morte*, o vi si comprendesse anche colui che aveva già cessato di esserlo. La giurisprudenza si era decisa in quel senso che più favorisce il pubblico interesse; e non avendo un appoggio abbastanza solido nel citato articolo, soleva ricorrere al 909, n. 2, sotto specie che lo Stato si presentasse come un creditore, e in tale qualità potesse richiedere i sigilli (corte di Parigi, 8 maggio 1829, *Journal du Palais*, 3ª ediz., tom. XXII, pag. 995). L'imperfetta dizione ripetuta già nel Codice napoletano, articolo 988, venne sino a noi, trasportata senz'avvertenza nell'articolo 1040, n. 3, del Codice di procedura sardo del 1859. Ora si è adottata questa diversa: se il defunto *sia stato* depositario pubblico. La questione si è vista, e abbiamo il testo che ci abbisogna. Chi fu *depositario pubblico*, in qualsivoglia tempo, e non venne liberato, mantiene adunque le sue responsabilità, e in tale rispetto continuò ad essere depositario pubblico. Il capoverso 2° restringe la cautela agli *oggetti depositati.* Si ricorda una decisione della corte di Gand del 23 dicembre 1834 (*Journal de Bruxelles*, 1835, t. II, p. 132), che si estese sino a dire che lo Stato poteva apporre i sigilli anche ad atti e documenti *passati in mano a terzi.* In qualche dimostrata urgenza o gravità di casi, lo credo anche possibile.

4. *Limitazione posta nel primo capoverso.*

Si comprende che la disposizione del testatore può fare ostacolo a questa ufficiale apposizione di sigilli. Il testatore può avere destinato un tutore al minore nel testamento. Il tutore entra immediatamente nelle sue funzioni, e così dicasi dell'*esecutore testamentario*, se c'è. L'esecutore testamentario supplisce alla momentanea deficienza del *tutore* o *curatore.* Assumendo il governo temporaneo, per dare effetto agli ordini del testatore, riempie il vuoto inevitabile fra la morte di lui e la nomina del tutore legittimo o dativo, se fu prov-

(1) L'articolo 911, num. 2, del Codice di procedura francese diceva solo: *si... sont absents;* ma la giurisprudenza, saggiamente interpretando, aveva incluso nel doppio senso anche l'assenza momentanea (Carré, quest. 3072; Boitard, n. 1132).

vido il testamento. È manifesto che l'azione uffiziale non è che suppletiva, quella dei privati che vi hanno interesse è sempre preferita. L'ufficiale pubblico si ritrae dal campo (1) tostochè alcuno degli interessati si presenti onde continuare in proprio nome l'opera da altri incominciata.

Il testatore può avere altrimenti ordinato. Si è voluto favorire la libertà dei testatori con questa limitazione che si legge ora per la prima volta. *Si può ordinare altrimenti* col provvedere alla custodia e difesa del patrimonio in modi determinati, o col proibire *simpliciter* la ingerenza del governo. E basterà, io credo; gli si vuol fare un benefizio; il proprietario lo rifiuta: è padrone. Ma se il testatore fu anche pubblico depositario, non è padrone di liberarsi dai vincoli in simile condizione contratti, e che dal lato del governo rappresentano un diritto.

Sotto questo rapporto *la ingerenza ufficiale è assoluta.* Supposto che la sigillazione sia già intrapresa ad altrui istanza, il pubblico ministero può intervenire e sorvegliare l'operazione; come può intervenire a quella della levata dei sigilli e dell'inventario, onde i *documenti* e le cose di spettanza dello Stato siano separati e contraddistinti dalla massa dei beni. Ricordo che lo stesso pretore dovrebbe ciò fare d'*ufficio*, eziandio mancando l'istanza del pubblico ministero, o la *dichiarazione del sindaco.*

Articolo 850.

Quando le porte siano chiuse, o s'incontrino ostacoli all'apposizione dei sigilli, o nascano altre difficoltà prima o nel tempo dell'apposizione, il pretore può ordinare l'apertura delle porte, e provvedere alla rimozione degli ostacoli e delle difficoltà.

Annotazioni.

Per questa legge ampie facoltà sono attribuite al pretore, non solo a rimuovere ostacoli materiali, ma eziandio morali, onde condurre ad effetto l'ufficio suo. Vi ha chi si oppone: la casa, è vero, appartenne al defunto, ed ora ricade nella sua eredità, condizione indispensabile perchè sia permesso l'entrarvi e sequestrarvi ciò che vi è dentro, ma l'abitante di questa casa pretende di ritenerla a titolo di affitto, e i mobili sono di sua proprietà. Che i mobili dell'inquilino siano pegno e sicurezza del locatore, non si contrasta. Non pertanto si possono imprimere coi sigilli, perchè non sono in proprietà. Ma è poi vera l'asserta locazione che farebbe presumere la proprietà dei mobili nello stesso conduttore? In quanti altri casi può incontrarsi opposizione e sentirsi rispondere che le cose non appartengono alla eredità! Quale sarà la scorta del giudice?

Egli seguirà le vie della prudenza che la legge non può insegnargli *a priori.* Se la locazione sia sul fatto dimostrata, potrà astenersi e riferire l'emergente al capo del tribunale da cui dipende. Se la questione della proprietà gli sembra dubbia, vedrà se il ritardo involva pericolo. « S'il n'y pas péril dans le « retard (ha detto con molto proposito il Bol« tard), il doit s'arrêter devant l'obstacle « qu'il rencontre, jusqu'à ce que le président « du tribunal ait statué en référér sur la diffi« culté ». Se vi è pericolo, lo stesso autore consiglia di apporvi un custode; talvolta il custode responsabile potrà essere lo stesso attual possessore. O può anche con una determinazione provvisoria, prendere, p. esempio, le carte più importanti, gli oggetti di maggior valore e più facili a smarrirsi e a cangiarsi; descriverli, chiuderli in involti sigillati se occorre; l'abbondanza delle cautele non sarà mai quel fatto dal quale egli possa temere rimproveri.

Il presidente del tribunale non ha dalla nostra legge quella facoltà di decidere che sembra essergli attribuita dalla procedura francese: egli ne farà rapporto al collegio (Su ciò vedi l'articolo 859).

Articolo 851.

Le chiavi delle serrature, sulle quali i sigilli siano stati apposti, devono custodirsi dal cancelliere sino a che sia ordinata la rimozione dei sigilli, facendone menzione nel processo verbale di apposizione.

(1) Eccettochè lo Stato non vi abbia egli medesimo interesse, come lo fatto di depositario pubblico.

Articolo 852.

Quando nel procedere all'apposizione dei sigilli si trovino testamenti o altre carte importanti, il pretore provvede per la loro conservazione.

Se non possa provvedervi nel giorno medesimo, fa risultare nel processo verbale della forma esterna delle carte, e le chiude in un involto che sigilla e sottoscrive in presenza delle parti, determinando il giorno e l'ora in cui darà i provvedimenti ulteriori.

Annotazioni.

La scoperta di un testamento fra le carte del defunto è cosa di tanta importanza che la legge doveva occuparsene con una cura speciale. *Il pretore provvede per la conservazione;* il *provvedimento* può essere protratto ad altro giorno, e allora sono ingiunte le cautele scritte nel capoverso. Le presignate cautele non formano adunque il *provvedimento conservatorio* affidato alla vigilanza del magistrato, ma è qualche altra cosa che la legge non dichiara.

Noi abbiamo veduto cospicue eredità ricevere una improvvisa destinazione da un testamento olografo, rinvenuto a caso fra le carte del defunto. Perciò la pronta sigillazione è divenuta più che mai necessaria nel presente sistema, come il mezzo immediato di conservare tutto ciò che vi ha di più interessante nell'eredità.

Se la carta contiene evidentemente un testamento olografo, essendo munito dei requisiti voluti dall'articolo 775 del Codice civile, sulla istanza della parte interessata, o anche d'ufficio, il pretore lo consegnerà al notaio per gli effetti dell'art. 912. E così provvederà secondo ragione. Se le forme sostanziali non apparissero, e la carta si vedesse mancare di ogni importanza, sarà intanto assicurata colle altre; ma se grave fosse il dubbio, l'atto potrebbe depositarsi con ogni cautela nella cancelleria dello stesso pretore, e perciò avviso, alle parti che possono avervi interesse doversi permetterne la ispezione per l'esercizio di quelle azioni che si credessero opportune.

Io vado tracciando queste regole senza escluderne altre che si ravvisassero non meno acconcie, partendo sempre da questo punto, che la legge confida nella saviezza del giudice e non gli impone un modo più che un altro. In Francia il metodo è in certa guisa indicato da quella stessa attribuzione che ha il presidente del tribunale dall'articolo 1007 del Codice Napoleone, di rendere esecutorio il testamento olografo. Quindi fra quei giureconsulti non è che una voce sola: doversi dal giudice di pace rimettere il testamento al capo del tribunale, e soltanto vanno dubitando se al presidente del tribunale del luogo ove si è trovato, o a quello dell'aperta successione, e siccome ciò è prescritto dal citato art. 1007, così si ritiene generalmente (Pigeau, tom. II, pag. 557; Carré, quest. 3082; Thomine, t. II, pag. 514, ecc.).

Articolo 853.

Quando vi siano oggetti sui quali i sigilli non possano essere apposti, o che siano necessari all'uso delle persone che sono in casa, se ne fa la descrizione nel processo verbale, e per le cose che possano deteriorarsi si osserva la disposizione del capoverso dell'articolo 624.

Articolo 854.

Compiuto l'inventario non si fa più luogo all'apposizione dei sigilli, salvo che l'inventario sia impugnato.

L'apposizione dei sigilli domandata durante il corso dell'inventario può aver luogo soltanto sugli oggetti non inventariati.

Annotazioni.

L'inventario *può essere impugnato.* L'inventario ha i suoi precetti, le sue forme essenziali che vedremo più avanti: e sono garanti della verità materiale, oggetto di tutto questo

lavoro. L'impugnazione dell'inventario non ritorna però le cose nel pristino stato; pendente il giudizio potrà deputarsi un custode, un amministratore; non si chiederà la rinnovazione dei sigilli se non ad inventario annullato. Io credo che anche annullato l'inventario, non sarà facilmente ripresa quest'operazione plastica, lunga, dispendiosa, che può ben apparire superflua. Se l'inventario è stato eseguito, in qualunque modo, avremo una descrizione più o meno sufficiente; i mobili, le carte, ecc. potranno riporsi in una stanza e sotto chiave, o consegnarsi ad un custode, ecc.

Articolo 855.

Il processo verbale di apposizione dei sigilli deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, del giorno, dell'ora e delle rimessioni ad altri giorni ed ore;

2° Il nome e cognome dell'istante, e l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza da lui fatta a norma del capoverso dell'articolo 848;

3° Se non vi sia stata istanza, l'indicazione che i sigilli siano stati apposti d'uffizio, ovvero a richiesta o sulla dichiarazione d'uno degli uffiziali indicati nell'articolo 849;

4° Il motivo dell'apposizione;

5° La menzione dell'autorizzazione concessa dal pretore nel caso di cui nel numero 4° dell'articolo 848;

6° Se l'apposizione sia stata ordinata con sentenza, l'indicazione di questa e dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata;

7° Il nome e cognome delle parti intervenute, e le osservazioni fatte da esse;

8° L'indicazione dei luoghi, mobili e oggetti, sui quali i sigilli sono apposti, e la descrizione del modo con cui ciò fu eseguito;

9° L'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente, e la risposta data sul proprio onore da coloro che dimorano nel luogo in cui i sigilli sono apposti, se abbiano veduto o sappiano che alcuna cosa sia stata direttamente o indirettamente tolta o traslocata;

10° La nomina del custode presentato dagli aventi interesse, se sia risponsabile, e, in difetto, di un custode nominato d'uffizio;

11° Le altre indicazioni richieste dalla legge o credute necessarie dal pretore.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti intervenute, dal pretore e dal cancelliere.

Annotazioni.

Se mobili non ci sono, si redige un verbale che chiamasi *di carenza*, ed è presto fatto. La *dichiarazione sul proprio onore*, surrogata all'antico giuramento (num. 9), sarà pure esatta dal giudice (Pigean, tom. II, pag. 261), con ragione non minore (1). Biret consiglia saviamente a non spendere una sigillazione per povere e scarse suppellettili che basterà descrivere, affidandole ad un custode. Potranno anch'essere separati i mobili più necessari alla vita domestica, come dichiara l'art. 853.

Articolo 856.

Il pretore e il cancelliere non possono, sotto pena di sospensione, introdursi nei luoghi chiusi con l'apposizione dei sigilli, sino alla rimozione di essi, salvo che siano stati richiesti per cause urgenti, e un decreto motivato abbia preceduto il loro accesso.

(1) Mancano forse i mobili perchè furono sottratti?

Annotazioni.

Non bastava la proibizione, bisognava umiliare il magistrato sotto una minaccia di *sospensione:* perchè mai? Per lo ingresso nei *luoghi chiusi coll'apposizione dei sigilli*, se non prova di essere stato richiesto per motivi urgenti, e non si giustifichi con decreto motivato. Il testo francese ha *la maison où est le scellé*, (articolo 915). Non si poteva porre il piede neppure *nella casa ove stavano effetti sigillati*. Ora si tratterebbe in realtà di rompere i sigilli. Il Codice penale che fa le ipotesi di ogni perversità, deve fare anche questa. Può contenerla un regolamento disciplinare. Se gl'innumeri doveri del magistrato, ch'egli impara ad ogni articolo del Codice di procedura civile dovessero andar muniti di una sanzione penale per guarentirne l'osservanza, quale onore alla magistratura! Se vuolsi trovarne di riscontro il modo dell'applicazione, vediamo nell'articolo 230 del Regolamento *sull'ordinamento giudiziario*, del 6 dicembre 1865. « L'azione disciplinare si esercita indipendentemente da ogni azione penale e civile per il « medesimo fatto ». Articolo 231: « L'azione « disciplinare dinanzi alle corti e ai tribunali « è promossa dal pubblico ministero, anche « sull'eccitamento di chi è investito del potere « di sorveglianza. Essa è promossa con rap- « presentanza motivata diretta al presidente, « colla quale si richiede la chiamata del giu- « dice incolpato dinanzi alla Corte o al tri- « bunale per dedurre le sue difese ». Il rito particolare a questo giudizio si viene descrivendo nei successivi articoli.

L'autorità giudiziaria investita di codesto potere, è il tribunale nella cui circoscrizione esiste la pretura (articolo 229 del detto regolamento). Ma la legge ha lasciato un luogo aperto per isfuggire all'ingrato ufficio, se trattasi di giudicare un collega (art. 226, capoverso). Se il tribunale *non può* o *non vuole*, il pretore subirà il giudizio disciplinare della corte d'appello (articolo 228 dello stesso regolamento).

SEZIONE II.

Della rimozione dei sigilli e delle relative opposizioni.

Articolo 857.

I sigilli non possono essere rimossi, e l'inventario non si può fare che tre giorni dopo l'apposizione, salvo che sia stato diversamente ordinato dal pretore per cause urgenti, delle quali si deve fare menzione nel decreto relativo.

Se alcuno degli eredi sia minore non emancipato, non si può procedere alla rimozione dei sigilli finchè sia stato provveduto di tutore o di curatore speciale.

Annotazioni.

Noi non ammettiamo processo di sigillazione *ante humum*, come si permette in Francia. Ma poniamo anche noi un intervallo di tre giorni prima di venire alle operazioni della levata nei casi ordinari. Vi è forse bisogno di affrettare. Il pretore fa un decreto ed espone il caso d'urgenza. È caso d'urgenza se v'hanno cose soggette a deperire, e devono vendersi immediatamente (Rolland de Villergues, *Répertoire*, num. 40).

Articolo 858.

Possono chiedere la rimozione dei sigilli le persone che a termini dell'articolo 848 hanno diritto di chiederne l'apposizione, escluse quelle indicate nel numero 3° dello stesso articolo.

Annotazioni.

1. Entrando nell'esame del *diritto di opposizione alla levata dei sigilli*, in un campo nel quale gl'interessi delle parti che fin qui camminarono concordi verso uno scopo comune, che è l'*assicurazione delle cose mobili* del patrimonio, assumono espressamente una veste giuridica, e vengono in contrasto fra loro, giova rammentare che questo titolo del Codice di procedura è generale, e quantunque abbia una manifesta tendenza a regolare i fatti della successione, che sono anche i più importanti e ricevono un maggiore sviluppo, estende però la sua formola ad ogni altra evenienza in cui si faccia luogo ad apporre i sigilli.

Varie di codeste evenienze enumera il Dalloz (*Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, § 1), che noi stimiamo poter ridurre alle seguenti: 1° Apertura di una successione, *se gli eredi non sono presenti*; o *sono minori*, o *interdetti*; 2° Se il defunto esercitò uffizio di *depositario pubblico* e di titoli dello Stato senza essere stato liberato (articolo 849, num. 3); 3° O fu *notaio* che tenne anche matrici di altro notaio, il che interessa eziandio alla pubblica amministrazione. Talvolta si procede a sigillare minute notarili per cause di sospetti gravi e ragioni specialissime, non solo per ordine del governo, ma eziandio dell'autorità giudiziaria (1); 4° *Assenza*. Intendiamo assenza non momentanea, alla quale soccorre il num. 1 dell'articolo 848, ma quell'assenza che dà luogo ai provvedimenti ordinati dall'articolo 21 del Codice civile; 5° *Pendente la domanda d'interdizione* (Pigeau, *Procédure civile*, tom. II, pag. 610; Jaj, *Traité de scellés*, pag. 43). Possibile, ma caso rarissimo: anche qui il *ne pas trop de zèle* è una cosa buona. Due condizioni si richieggono che si tratti di demenza manifesta; che il patrimonio del demente sia propriamente abbandonato: senza di ciò il vantaggio non sarebbe compensato dal disordine che si va a produrre; 6° Esecuzione mobiliare sugli *oggetti preziosi*, *d'oro* o *d'argento*, ove sia d'uopo, secondo l'art. 597 (primo capoverso; 7° *Fallimento*, giusta il Codice di commercio.

Basti l'aver enunciate le varie applicazioni di codesto metodo assicurativo per comprendere che quello che veniamo a dire non potrebbe avverarsi, o solo incompletamente, nelle altre combinazioni (V. articolo 865).

2. *Di quelli che possono domandare la rimozione dei sigilli.*

La legge lo ha detto, *quelle persone che a termini dell'articolo* 848 *hanno diritto di chiederne l'applicazione*, e non si eccettuano che le persone indicate al num. 3 dell'art. 848. *Devono pure eccettuarsi le persone indicate nell'art.* 849? Si procede d'ufficio per fare il bene del patrimonio, a preservarlo da un pericolo. Dopo ciò la missione pubblica sembra compita; quella urgenza che giustifica l'intromissione uffiziale in affari privati non esiste quando si tratta di togliere i sigilli. La riflessione è giusta: tuttavia l'esclusione delle persone indicate nell'articolo 849, non si verifica che *in parte*.

Lo stato di sigillazione non può essere che transitorio. Come sistema di custodia semplicemente, sarebbe oltroneo, eccessivo. Priva dell'uso; rende il mobiliare inutile. Si levano i sigilli primieramente perchè i mobili devono ritornare al più presto alla loro naturale destinazione di servire ai bisogni della vita; le carte e documenti, al bisogno degli affari. L'interesse di levare i sigilli è dunque in tutti coloro che hanno diritto di usare di quegli effetti, di profittare del comodo che arrecano. La sigillazione, più che mezzo di custodia, *è il metodo necessario per assicurare colla maggiore celerità possibile l'esistenza di cose mobili che non si possono descrivere nello stesso tratto di tempo.*

Alla sigillazione *fa seguito la descrizione*: è questa l'operazione che rende profittevole la prima nel tempo stesso che la risolve e la fa cessare. Perciò la sigillazione è il prodromo dell'inventario.

La domanda di rimozione può avere questo solo scopo, l'*inventario*. S'intende allora come quelli che promossero la sigillazione, o solo che *avevano diritto di promuoverla*, collo stesso diritto insistono per la rimozione, mentre la rimozione *non è che lo sviluppo e la continuazione dell'opera stessa*, determinare

(1) Il Dalloz riferisce una decisione della corte di appello di Bourges del 10 agosto 1839, nella specie di un notaio successore dello studio di altro notaio, che dolevasi d'infedeltà, di spedizioni irregolari, di matrici ritenute, di atti confusi, ecc., e si stimò di praticare una sigillazione. Senza fermarci alla specie decisa, forse un po' troppo severamente, secondo Dalloz, è facile vedere che questa misura può estendersi ad altri casi simili; e sarà in genere una facoltà dei tribunali; ma si guardino dall'abusarne!

cioè e stabilire lo stato dell'eredità che si effettua col mezzo dell'inventario.

Questo scopo possiamo chiamarlo continuativo o progressivo. Da ciò si vede, che il pubblico ministero che fece apporre i sigilli sugli *oggetti depositati* in mano di *un pubblico depositario*, rappresentando non solo l'interesse filantropico e umanitario, ma *l'interesse reale dello Stato*, può chiedere la formazione dell'inventario, che è necessariamente precedente dalla tolta graduale dei sigilli.

Ma la domanda può avere uno scopo diverso da quello di fare una descrizione e un inventario che continua ad essere uno scopo comune.

Sorge un preteso proprietario di quegli oggetti a sostenere che si è fatto ingiuria alla sua proprietà; ch'egli è stato leso ne' suoi diritti; ed entra allora una questione d'ingiustizia o di nullità contro quello che è stato operato. Si domanda la levata dei sigilli non per continuare l'operazione, ma per revocarla e distruggerla, e per avere la restituzione delle proprie cose.

Gli eredi negano la qualità di pubblico depositario che è stata supposta nel defunto al fine di mettere i sigilli su certi documenti che si pretendono per contro di ragione dell'eredità. E così diremo di altri casi. La legge prevede potersi elevare *opposizione al fatto della rimozione dei sigilli* (art. 859, 860); ma non fa motto di quelle che saranno suscitate dall'*interesse della rimozione*. Intorno a ciò daremo qualche nozione ai sudetti articoli 859, 860.

3. *Del diritto di preferenza nella rimozione dei sigilli.*

Finchè non sorge opposizione o contrasto, basta l'*abito del diritto*, quale appunto si accenna nell'art. 858. Il magistrato si presta alla domanda; ma nascendo la disputa, è d'uopo volger lo sguardo anche al titolo sul quale ciascuno appoggia la propria azione o eccezione.

La rimozione può essere chiesta, come si è già detto, mediante l'esercizio di un'azione diretta a rivendicare il possesso dei mobili indebitamente appresi; ma contrasto e gara di interessi può sorgere eziandio fra coloro che hanno nella rimozione lo scopo comune di continuare le operazioni dello stato ereditario, se non che essi annettono all'esercizio stesso del diritto non lieve importanza, ravvisandovi una influenza sulle ragioni della successione (1).

Allora nasce il disputare sulla *preferenza* di tali concorrenti.

L'erede testamentario, maggiore d'età che può mostrare il suo titolo d'erede, non solo non ha verun obbligo di praticare sigillazione e fare inventario, ma respinge eziandio coloro che attentassero in tal modo al suo legittimo possesso (Dalloz, *Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, num. 32. V. le nostre Annotazioni all'articolo 847). Se tuttavia i sigilli furono posti, l'*erede testamentario è preferito nella domanda* di rimozione agli eredi legittimi. E fu più volte deciso bastare il *titolo apparente* senza pregiudizio dei diritti d'impugnazione (Dalloz, num. 100). Fra due posizioni di diritto non bene appurate, il giudice, ad un primo esame, porge la mano a chi sembra meglio affidato, e gli permette di continuare le operazioni in proprio nome. È una misura che non offende il diritto, e non sarebbe il caso di farne una questione giudiziaria a determinare la competenza relativa; ma non n'escludo la possibilità per combinazioni che la teoria non può agevolmente prevedere.

Usciamo un momento fuori del campo d'una successione ordinaria. Se l'apposizione dei sigilli fu eseguita d'ufficio, o ad istanza del pubblico ministero *verificata l'assenza* (articolo 21 del Codice civile), la tolta dei sigilli può essere chiesta dallo stesso pubblico ministero sia per liberare gli effetti e utilizzarli, sia per procedere all'inventario (2). Ove però venissero a reclamare questo diritto gli *eredi presuntivi*, niun dubbio che dovrebbero essere preferiti.

Articolo 859.

La rimozione dei sigilli è ordinata dal pretore sull'istanza di alcuno degli aventi diritto.

L'istanza e il decreto sono scritti in fine del processo verbale di apposizione.

In caso di opposizione alla rimozione dei sigilli, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria competente.

(1) Sul possesso e sull'andamento dell'amministrazione. È facile scorgere questo fine da ciò che veniamo dicendo.

(2) In ciò solo mi dilungo dal Dalloz, il quale dice che il pubblico ministero non può insistere per la rimozione dei sigilli « parceque l'action du « ministère public, sous ce rapport, doit se borner « aux mesures conservatoires ».

Articolo 860.

L'opposizione alla rimozione dei sigilli può farsi con dichiarazione nel processo verbale d'apposizione, o con atto notificato al cancelliere della pretura nelle forme stabilite per la notificazione dell'atto di citazione.

L'opposizione deve contenere:

1° Il nome e cognome, l'indicazione del domicilio o della residenza dell'opponente;

2° L'elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza a norma del capoverso dell'articolo 848;

3° I motivi dell'opposizione.

Annotazioni.

1. Insegna il Carré: « L'opposition aux « scellés *est un acte conservatoire* par lequel « toute personne, prétendant droit à la suc- « cession, s'oppose à la levée des scellés, *afin « qu'elle soit différée*; qu'on n'y procède *qu'en « sa presence*; et que l'on prenne en la fai- « sant telle *mesure ou précaution nécessaire « à ses intérêts* » (Introduzione al titolo *des opposition aux scellés*).

Non abbiamo difficoltà ad ammettere che l'opposizione abbia carattere di *atto conservatorio* in quanto mantiene quello che fu già eseguito, ma non è questo propriamente lo scopo, secondo la definizione che lo stesso Carré ne ha data.

2. *Forma della opposizione.*

Il nostro articolo 860 dichiara in qual modo deve farsi l'atto di opposizione.

La comunicazione dell'atto è sempre diretta al cancelliere. La parte si presenta a lui, egli fa scrivere la *opposizione coi motivi*; adempie le altre formalità volute dall'articolo. Ciò è in regola; ovvero gli fa notificare l'atto *come si notifica una citazione*, e non perchè sia una citazione. Il cancelliere non fa altro che presentare al pretore l'atto di opposizione. *Se l'atto è regolare*, il pretore lo trasmette all'*autorità competente* (articolo 859). Dissi *se regolare*: ove nol fosse, l'*atto non avrebbe seguito*, ecco la giusta pena che lo aspetta; non si ebbe d'uopo di comminarne la nullità come in Francia, ma la conseguenza non sarebbe diversa.

3. *Considerazioni sulla competenza.*

a) Il potere *direttivo* e in parte anche *discrezionale* del magistrato locale, secondo esempi che si ripetono di frequente nella procedura, cessa al sollevarsi di una contestazione che eccita l'esercizio della giurisdizione contenziosa. Allora si presentano altri elementi teoretici ad informare il criterio della competenza. Allora siamo rinviati o ai principii generali che regolano la competenza, o troviamo disposizioni scritte propriamente pel caso in leggi speciali che modificano anche una volta la regola generale.

In caso di opposizione alla rimozione dei sigilli, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria competente, dice l'articolo 859.

Noi crediamo vedervi principalmente l'applicazione dell'articolo 94. « Si propongono « davanti l'autorità giudiziaria del *luogo del- « l'aperta successione*: 1° le azioni in petizione « o divisione dell'eredità, o *qualunque altra*, « tra coeredi, sino alla divisione... ». Possono anche ricevere applicazione i numeri 3° e 4° dello stesso articolo. In effetto le azioni che si spiegano intorno ai fatti assicurativi e descrittivi delle cose ereditario intendono al buono assetto, alla incolumità, e obbiettivamente ul possesso, alla fruizione, al conseguimento del patrimonio ereditario, o di parte di esso. La contesa giudiziaria che ne deriva non può avere una diversa indole, un diverso carattere.

C'è però una ragione per cui la legge si è tenuta in riserbo e non ha voluto specificamente indicare l'*autorità competente*. Abbiamo veduto all'articolo 858 (nota 1ª) che la operazione dei sigilli non ha luogo nel solo caso dell'apertura della successione. *Quando si passa dall'ordinatorio al contenzioso*, la competenza varia secondo i casi. Eccone uno che basterà anche per altri. Il tribunale competente nelle questioni che vertono sulle *conseguenze giuridiche dell'assenza* è quello del luogo dell'ultimo domicilio o residenza (articolo 20 del Codice civile). Supponiamo nella città di Bergamo. Il presunto assente aveva una casa di campagna nel distretto di Como, rimasta abbandonata. Il pubblico ministero, ad istanza di un parente, ordinò la sigillazione di un

ricco mobiliare che colà esisteva; poi nascono questioni sulla legittimità della sigillazione per parte (ad esempio) di un procuratore dell'assente medesimo. Il pretore applicando al caso l'articolo 859, rimette i contendenti al *tribunale di Bergamo*.

b) Ma il pretore stesso non sarebbe forse competente ove si trattasse di giudicare semplicemente della regolarità dell'applicazione dei sigilli?

Torniamo ancora a disgiungere quello che *è atto conservatorio* da quello che *è giudizio*. L'atto conservatorio consiste propriamente ed esclusivamente nella sigillazione. L'opera della sigillazione è stata irregolarmente eseguita, per quanto sostiene una parte interessata nella regolarità dell'atto? Io sono convinto che il pretore stesso può e deve conoscere della pretesa irregolarità, senza forma di giudizio, e spetta a lui il correggerla.

La procedura francese pone il giudice di pace in un perpetuo rapporto di dipendenza dal *presidente del tribunale* (articoli 916, 918, 919, 920, 921, ecc.). Ma quel rapporto è mal definito, onde gli interpreti e la giurisprudenza incontrano spesso questioni nelle quali non vanno d'accordo. Nel nostro sistema la parte attiva e ordinamentale è del pretore: la deliberativa è demandata al tribunale competente. La *correzione del materiale operato della sigillazione* non è che ordinamentale.

Diamone qualche esempio. L'impronta del sigillo è debole, poco intelligibile; bisogna marcare di nuovo gli oggetti, altrimenti non si avrebbe una certa garanzia contro le supplantazioni. Non si è avuta la necessaria avvertenza di contrassegnare certi involti di carte che possono sfuggire facilmente di sotto ai suggelli. La descrizione potrebb'essere imperfetta; il processo verbale lascia a desiderare qualche cosa di più per adempire al voto dell'articolo 855. Bisogna correggerlo. Simili *opposizioni* non avendo altro scopo che di migliorare e rendere più sicura e perfetta l'*operazione preparatoria*, entrano nella competenza ordinatrice del giudice.

4. *Se i creditori personali degli eredi abbiano azione per opporsi alla levata dei sigilli.*

Vi è un'altra domanda che ha diritto di priorità sulla presente. I *creditori personali* dell'erede (1) possono richiedere l'apposizione dei sigilli? Non sarebbe lecito di portare una distinzione, che non è nella legge, sul num. 4 dell'articolo 848. Noi ammettiamo dunque il diritto di petizione quanto ai sigilli, e per conseguenza quello di opporsi alla rimozione, secondo l'articolo 858 (2).

5. *Se lo stesso diritto sia da concedersi ai creditori dei creditori del defunto o dell'erede.*

La teoria suespressa ha fondamento nel diritto che hanno i creditori sulle cose dei loro debitori (pegno comune), e che si esercita non solo *in modo esecutivo*, ma eziandio *preventivo*, giusta le varie previsioni del Codice civile, consegnate agli articoli 949, 1032, 680. Quindi anche la facoltà di assistere alla compilazione dell'inventario (articolo 868, num. 4, della procedura); fascio di diritti che forma una unità giuridica. Ma il *creditore del creditore* dell'eredità o dell'erede non può esperire per questo mezzo una sequestrazione, ma dovrebbe valersi dei diritti che sono stabiliti ai creditori che intendono *oppignorare* i beni dei loro debitori. Ove però il creditore avesse conseguito o cessione o surrogazione legale nei diritti di lui, allora potrebbe chiedere l'apposizione dei sigilli, e opporsi alla rimozione come la persona stessa del creditore immediato (Bilhard, *Traité du bénéfice d'inventaire;* Chauveau, quest. 3102 *bis*).

Articolo 861.

La rimozione dei sigilli si fa dall'uffiziale che procede all'inventario.

I sigilli sono rimossi successivamente e di mano in mano che si progredisce nell'inventario.

Se non occorra l'inventario, i sigilli sono rimossi dal cancelliere della pretura coll'assistenza dell'usciere. Nei comuni in cui non ha sede il pretore la rimozione può farsi dal cancelliere del conciliatore coll'assistenza dell'usciere.

---

(1) Per distinguerli dai creditori del defunto e della eredità.

(2) Il creditore personale di uno fra più coeredi non avrebbe diritto a domandare i sigilli che sulla porzione di lui (Chauveau, quest. 3062): ma se l'eredità è indivisa, non potrebbe concepirsi esecuzione parziale.

Articolo 862.

L'uffiziale che procede alla rimozione dei sigilli deve avanti tutto riconoscerne lo stato.

Se trovi in essi qualche alterazione deve soprassedere da ogni operazione ulteriore, facendone immediatamente rapporto al pretore, il quale si trasferisce sul luogo per le verificazioni occorrenti e per i provvedimenti necessari anche a proseguire l'incanto.

Articolo 863.

Non si può procedere alla rimozione dei sigilli senza che siano citate, a norma dell'articolo 869, le persone indicate nell'articolo 868.

Articolo 864.

Il processo verbale della rimozione dei sigilli deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome e cognome del cancelliere che procede alla rimozione, e dell'usciere da cui è assistito;

3° Il nome e cognome delle parti intervenute;

4° L'indicazione del decreto o della sentenza che ha ordinato la rimozione dei sigilli, e dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziata;

5° La menzione della ricognizione dello stato dei sigilli, della loro rimozione delle verificazioni fatte, e dei provvedimenti dati dal pretore a norma dell'articolo 862;

6° Le altre indicazioni che si credessero necessarie.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti intervenute, dal cancelliere e dall'usciere.

Annotazioni.

1. *Formalità che precedono la levata dei sigilli.*

a) Il Carré insegna che per quattro cause principalmente il giudice di pace (pretore) può ricusarsi alla levata dei sigilli: 1° se domandata prima dei tre giorni dell'opposizione (1); 2° se la parte richiedente non giustifica la propria qualità; 3° se vi sono minori non emancipati e sprovvisti di tutori: in tal caso bisogna soprassedere e far nominare il tutore; 4° se fra i *principali interessati* vi ha degli assenti (nel termine legale della parola, *presunti assenti*) (quest. 2106; Biret, v° *Levée de scellés*.

b) *Di quelli che devono citarsi.*

La rimozione dei sigilli, togliendo guarentigie di conservazione che già si erano stimate necessarie, deve operarsi accuratamente. Il processo comincia da una citazione *al coniuge superstite; agli eredi legittimi presunti; all'esecutore testamentario, agli eredi istituiti e legatari, se il testamento è noto* (articolo 869).

Il coniuge superstite è sempre interessato, quantunque non fosse tampoco nominato nel testamento. Non osta la separazione personale; deve citarsi egualmente. Vi possono essere sotto i sigilli effetti, documenti di sua spettanza che verranno poi a figurare nell'inventario (Pigeau, t. II, pag. 849; Dalloz, *Répertoire*, v° *Scellés et inventaire*, num. 109).

Eredi legittimi presunti: in quanto è possibile a conoscersi, in quanto non si ravvisi apatia e negligenza nel ricercarli. Il defunto aveva una sorella, povera donna che viveva ai servigi di una famiglia viaggiante all'uso inglese; chi mai poteva averne notizia? È certa però la esistenza di nipoti che stavano nel paese ove morì l'intestato: tutto il mondo

(1) Evidentemente i tre giorni (articolo 857) sono statuiti all'effetto di dar tempo ai reclami degli interessati.

credeva che fossero i soli suoi parenti. Qui è il caso che *error communis jus facit*. E senza pregiudizio di quello od altro erede ignorato, si procederà validamente a rimuovere i sigilli (1).

Fra gli eredi legittimi presunti si vogliono porre anche i *figliuoli naturali*, purchè riconosciuti (articoli 179, 281 del Codice civile), per il qualunque interesse che possono avere nell'eredità (Favard de Langlade, *Répertoire* v° *Inventaire:* Rolland de Villargues, v° *Inventaire*, num. 101).

Può domandarsi se esistendo eredi testamentari *si debbano nonostante citare anche i presunti legittimi.*

Un titolo apparente, benchè forse contestabile, basta perchè gli eredi e i legatari in quello nominati abbiano a citarsi. L'esistenza del testamento dispensa senza dubbio dalla citazione dei legittimi, *non più presunti eredi.*

Mi pare che la massima non possa essere contraddetta dal caso in fuori che gli eredi legittimi abbiano sollevate opposizioni contro l'applicazione, o contro la levata del sigilli, con che si rientra nel disposto del num. 4 dell'articolo 868. Si crede ancora che quando gli eredi legittimi siano insorti per annullare il testamento, il loro diritto abbia un colore sufficiente per invitarli all'operazione (corte di Bruxelles, 28 novembre 1810 e 9 marzo 1811, *Journal Avoués*, tom. XXI, pag. 37; Chauveau, quest. 3066, 2112 bis, 4114 bis). Io trovo molto prudente il farlo; non facendolo, non vedrei motivo di nullità.

L'esistenza di un esecutore testamentario non esime dall'obbligo di citare gli eredi.

I creditori dell'eredità non si citano se non opponenti (Dalloz, loc. cit., num. 115).

c) *Della forma della citazione.*

Vogliamo riferirci alle poche cose che diremo sull'articolo 869, limitandoci ora ad osservare ciò che dispone l'articolo 859. È necessario proporre una istanza al pretore, il quale scrive il suo decreto *in fine del processo verbale di apposizione dei sigilli*, e non essendovi opposizione (2), destina il giorno in cui sarà aperto il processo verbale: la citazione si farà per quel giorno, e non si terrà conto della contumacia.

2. *Se nasce contestazione sul diritto di stare o no presente alla operazione della levata dei sigilli, e conseguentemente all'inventario*, avvisa il Dénisart, seguito anche dal Dalloz (num. 116), che il presidente (metodo francese) deciderà, con avvertenza di dar passo ai dissenzienti, poco importando che vengano ad assistervi persone che non abbiano tutti i numeri del buon diritto, specialmente se vi sia urgenza.

Sebbene questo genere di contraddizione non sia preveduto dalla nostra legge, come non lo era dalla francese, tuttavia la disposizione del 3° periodo dell'articolo 859 può servirci di guida. Il pretore non delibera sopra una questione qualunque concernente rapporti di diritto fra i concorrenti; *egli rimette le parti al tribunale competente.* È nello spirito dell'attuale Codice di procedura (per cui da molti è tassato di pesante ed eccessivo) di moltiplicare le garanzie e quindi gli atti e le formole giudiziarie. Elevare contrasto perchè altri non intervenga nel processo di rimozione e in quello dell'inventario, involve una questione di diritto ereditario più o meno diretta, non dissimile da quello che avviene *quando si oppugna la levata dei sigilli*, e fors'anche vi si contiene un maggior interesse. Ho fatto il caso della pretesa di un figlio naturale, e mi raccolgo in questo esempio. Suppongo che l'attore nel processo di rimozione lo abbia citato; non sorgendo contraddizione, sarà ammesso. Taluno degli eredi legittimi sente l'importanza di un siffatto precedente giuridico, e si oppone. Non potrebbe dividersi la indifferenza di Dénisart e Dalloz. La cosa non avrebbe una vera importanza prima della contestazione; ma la contestazione la rende importante potendo anche nascerne regindicata. Il tribunale però, vista l'urgenza, può ordinare che si proceda alla disigillazione senza pregiudizio del rispettivi diritti, ammessa la rappresentanza generica ed innocua del notaro (articolo 869).

Riportiamo tutto ciò che può dirsi *della rappresentanza notarile* all'esame dell'articolo suddetto.

3. *Levata dei sigilli.*

Il pretore non è presente a questa interessante formalità; ciò risulta espressamente dall'articolo 862. L'*alterazione dei sigilli* può esser prodotta da cause naturali, ma di solito attesta il delitto. Essendo suprema garanzia la identità dei sigilli, il dichiararla è pure una forma essenziale del processo verbale (arti-

(1) Argomento dell'articolo 42 del Codice civile. È poi deciso l'articolo 869, capoverso 3°, che ci disobbliga dal citare i lontani.

(2) Sono parole del testo; la cacofonia avrebbe potuto evitarsi.

colo 864, num. 5). La rottura del sigillo sarebbe mezzo a consumare un furto, una supplantazione, una frode; il fatto può essere assai rilevante se trattasi di buste e cartoni di documenti, onde il pretore procede alle più minute verificazioni e ne dà parte al pubblico ministero per gli atti di ragione.

La levata dei sigilli può essere *successiva* o *simultanea*. L'articolo 861 accenna ai due casi. La prima suppone la descrizione e l'inventario, suppone un seguito di operazioni statistiche. Se la sigillazione fu apposta per garantire l'interesse di un maggiore assente; se fu indebitamente apposta e deve togliersi per sentenza del tribunale, e così in altri casi, si applica la seconda maniera; la levata non è succedanea, ma totale, effettuandosi però sempre *per mezzo del cancelliere della pretura coll'assistenza dell'usciere* (articolo 861, capoverso secondo.

Articolo 865.

Le disposizioni di questa sezione e della precedente sono osservate negli altri casi in cui occorra l'apposizione dei sigilli, o si debba procedere alla loro rimozione, eccetto che la legge stabilisca diversamente.

Annotazioni.

1. Questo testo è un grande richiamo alle materie giuridiche nelle quali opera, come istrumento materiale, l'applicazione dei sigilli. A nostra volta gioverà richiamare le cose dette sull'articolo 858, num. 1. Di là togliendo alcune specie, veniamo a coordinarle al presente articolo.

In ogni emergenza in cui ha luogo l'*apposizione dei sigilli*, una magistratura speciale è sempre là per mettere ai servigi di questa operazione interessante la sua mano, direi piuttosto che la sua intelligenza, ma egli è che si vuole la guarentigia che nasce dall'autorità. Prescindendo dalla successione ereditaria, ove l'esercizio è più frequente ed anche più esteso, noi alleghiamo altre tre specie principali che si distinguono dalle loro cause: 1° L'interesse pubblico; 2° La impotenza (non la incapacità) del proprietario; 3° L'interesse dei creditori. In altri termini: *qualità di funzionario pubblico; assenza; fallimento.*

In ogni occasione il pretore, e non altri che lui. « Il pretore, dice l'articolo 562 del Codice « di commercio, ricevuto l'avviso accennato « nell'articolo 549 (1) deve procedere entro le « ventiquattro ore all'apposizione dei sigilli, « tanto in presenza dei sindaci se v'interven« gono, quanto in loro assenza ». Il pretore può anche procedere immediatamente, d'ufficio o ad istanza di uno o più creditori « quando il debitore siasi allontanato o siavi « distrazione di tutto o di parte dell'attivo ».

Gli articoli 848, 849 della procedura civile non trovano applicazione in veruno dei tre supposti casi.

Il solo pubblico ministero può esercitare un'azione efficace *contro un depositario pubblico* vivente, o sulla sua eredità. Per domandare i sigilli sui *beni mobili dell'assente* bisogna mostrare qualità di successibile, o possedere un titolo di credito liquido e certo, della potenza di quelli onde si fanno i sequestri. Rapporto al fallimento, si è ricordato potersi domandare da creditori isolati la sigillazione, ma ad una condizione, *che la sentenza di fallimento sia pronunciata*. Per tutto ciò gl'indicati due articoli non sono applicabili, almeno nella loro estensione.

Non può concepirsi seria gara fra i chiedenti l'apposizione dei sigilli. L'opera di conservazione vale per tutti come un benefizio, a promuovere il quale niente si guadagna in particolare, ma tutto agli aventi diritto di cui si conoscerà più tardi la specifica esistenza.

Può bensì aver luogo *una domanda di revoca*. Il depositario pubblico, così nominato, non è veramente tale; e gli si è fatta l'ingiuria di mettere sotto i sigilli i suoi mobili, recando al suo credito una profonda ferita. È facile il vedere che in questo ed in casi consimili, si può chiedere la revoca e la coattiva rimozione dei sigilli, e con essa un'emenda forse gravissima di danni. Innanzi ad un giudizio di questa natura sparisce l'autorità del pretore; la causa è portata ai tribunali secondo la regola comune.

(1) Articolo 549: « Il cancelliere del tribunale di commercio dà immediatamente avviso al pretore del disposto della sentenza dichiarativa del fallimento, *che ordina l'apposizione dei sigilli*, e trasmette entro le ventiquattro ore al procuratore del re un estratto della sentenza, accennando le principali indicazioni e disposizioni in essa contenute ».

In *una domanda di revoca di apposizione di sigilli* l'articolo 857 non è mai applicabile alla lettera, ma solo per analogia, come si avvertì altrove; ed ora lo sarà allo stesso modo. Se la domanda fosse diretta al pretore, egli rinvierebbe le parti al *tribunale competente*. Ma si può anche declinare dall'intermedio pretoriale, e promuovere l'azione immediatamente avanti il tribunale competente (1). Passando all'esercizio del *diritto di opposizione alla levata dei sigilli*, che sarà caso raro nelle specie enunciate ma è pure possibile, dovendosi tenere la via prescritta dagli articoli 858 e 859, avrà pure diretta applicazione il suddetto articolo 856, capoverso 2°: *Il pretore rimette le parti all'autorità giudiziaria competente*.

2. *Ancora dell'autorità giudiziaria competente*.

Fermiamo l'attenzione sul caso di fallimento, come quello che si distingue dagli altri per la sua specialità.

a) Il *pretore*, lo abbiamo già detto, è incaricato dalla legge all'*apposizione dei sigilli*, la cui estensione è delineata dall'articolo 563 del Codice di commercio.

Successivamente il Codice di commercio si occupa della *rimozione dei sigilli e dell'inventario*.

Sino alla nomina dei sindaci definitivi niuno vi ha che possa chiedere la rimozione dei sigilli. I sindaci definitivi ne fanno istanza *entro i tre giorni dalla loro nomina*. È questo il preliminare indispensabile dell'*inventario*; al quale, dice l'articolo 567, *sono applicabili le norme stabilite dal Codice di procedura civile*, salvo, ecc.

L'articolo 587 non dichiara che il concedere la *rimozione* dei sigilli appartenga al pretore, come si trova espressamente scritto nell'articolo 859 della procedura civile. Per altro due argomenti decisivi stanno per concludere, che il pretore è mantenuto nella sua giurisdizione anche per ciò che riguarda la levata dei sigilli. In forza di un articolo del Codice di commercio (529) *egli ordina l'apposizione dei sigilli e pronunzia la sentenza*, che trasmette in estratto al procuratore del re. Se la rimozione dei sigilli è il fatto mediante il quale si risolve l'ordinamento della sentenza, essendo giunta l'operazione conservatrice a quel termine in cui deve cessare per avere adempito al proprio scopo, la legge però esige che *se ne faccia istanza*; esige un nuovo decreto del pretore (articolo 859 della procedura civile). La istanza dev'esser fatta *dai sindaci* secondo l'art. 587 del Codice di commercio. A chi mai se non allo stesso pretore? A questo argomento razionale si aggiunge un altro di diritto positivo. È la disposizione del nostro articolo 865, che estende l'applicazione delle norme sancite in queste due sezioni ad ogni altro caso in cui abbia luogo *apposizione o rimozione di sigilli, eccetto che la legge stabilisca diversamente*: e qui non troviamo altra autorità surrogata a quella del pretore.

Per ultimo la funzione della cancelleria pretoriale, che si avolge dall'autorità del magistrato da cui il funzionario esecutore dipende, continua ancora. « L'inventario viene formato « dai sindaci per doppio originale, *in presenza « del cancelliere della pretura che lo firma* » (articolo 588 del Codice di commercio).

b) Ma ora fingiamo il caso di *una questione per la revoca dell'apposizione dei sigilli, o contro la loro rimozione*.

Tutto ciò è difficile a pensarsi in materia di fallimento: ma vediamone la possibilità. La sigillazione è caduta, o si pretende caduta, sopra effetti che non appartengono al fallito. Ecco un caso. La istanza per la rimozione fu fatta da altri che dai sindaci definitivi: qualche creditore si oppone nell'interesse della regolarità. Ecco un altro caso. Noi ricerchiamo l'autorità competente a giudicarne.

La competenza appartiene senza dubbio allo stesso tribunale di commercio. Potrebbe obbiettarsi, che in materia di porre o levare i sigilli, la stessa legge commerciale, quasi deflettendo dalla sua via, introdusse in quella operazione un'autorità civile: ma ci conviene ripetere, che l'intervento del magistrato locale è garanzia di regolarità, la sua direzione nell'opera dei suggelli conferisce alla sua autenticità. In altre specie, egli è vero, questo non è il fine unico dell'intervento del pretore che ha qualche benchè limitata facoltà deliberativa; in causa però di fallimento può ben dirsi il *fine unico*. Egli difatti si porge quale *esecutore necessario* della sentenza del tribunale di commercio che, dichiarando il fallimento, ordinò l'*apposizione dei sigilli*. Ad ogni modo la podestà del pretore cessa semprechè sorga una questione sul *diritto*. Non parliamo adunque della giurisdizione del pretore; nè dall'ufficio ch'egli presta sia lecito inferire alla giurisdizione di qualche altra autorità dell'ordine civile.

Giudicando della legittimità e regolarità della sigillazione, degli effetti che ha prodotto,

(1) Citando in via di nullità la parte a cui istanza si è proceduto alla ingiuriosa sigillazione.

delle cause di rimproverla, e via discorrendo, il tribunale di commercio *decide un incidente del fallimento :* conosce delle facoltà del fallito, di azioni ad esse relative; qualche volta simili controversie sono involte nel giudizio di opposizione contro la stessa sentenza di fallimento (articolo 693 del Codice di commercio, e il nostro commento a questo articolo).

CAPO II.

DELL'INVENTARIO.

Articolo 866.

L'inventario può essere domandato da chiunque abbia diritto di chiedere la rimozione dei sigilli, e si fa dal cancelliere della pretura quando o non sia stato nominato un notaro dal testatore, o sull'istanza della parte il pretore non creda di commettere un notaro del luogo.

Chi domanda l'inventario deve eleggere domicilio nel comune o nel mandamento in cui si deve procedere, con l'indicazione della persona o dell'uffizio presso cui viene eletto. Se vi abbia domicilio o residenza, può invece dichiarare la casa in cui ha l'uno o l'altra.

Annotazioni.

1. *Si deve fare l'inventario:*

a) Ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente (articolo 29 del Codice civile);

b) Dal tutore, a cominciare nei dieci giorni dalla notizia della sua nomina (articolo 281, ivi);

c) Dall'usufruttuario (art. 496, ivi);

d) Dall'esecutore testamentario, quando fra gli eredi vi siano minori, interdetti e assenti, o un corpo morale (art. 908, ivi);

e) Dal curatore dell'eredità giacente (articolo 982, ivi);

f) Dai sindaci definitivi del fallimento (art. 587, 588, 589 del Codice di commercio).

2. *Persone che possono domandare la formazione dell'inventario.*

La legge viene ritessendo la sua formola. Nell'articolo 866 dice che l'inventario può essere domandato *da chiunque abbia diritto di chiedere la rimozione dei sigilli*; e nell'857 che la *rimozione* può chiedersi da chi *può chiedere l'apposizione.* Ciò venne anche spiegato trattando della rimozione dei sigilli. Ma l'inventario non è sempre preceduto dalla sigillazione. Dovrà provarsi un interesse legittimo, e questo è l'essenziale ; non vi ha propriamente una regola tassativa : molto dipenderà dal senno prudente del magistrato.

Qui è d'uopo por mente al diritto di coloro che non hanno nell'eredità che una vocazione eventuale o un dominio imperfetto.

Niun dubbio che l'erede condizionale (posto che una tale vocazione sia ammessa dalla legge) non abbia diritto di promuovere la formazione dell'inventario. *Che dovrà dirsi dell'erede nella nuda proprietà?*

In generale non si esita dal rispondere affermativamente. « L'héritier, investi de la nue « propriété, insegna Chauveau, *ne pourrait « être considéré comme dépouillé du droit de « requérir l'inventaire* que tout autant qu'il « serait sans intérêt à former cette demande » (in Carré, quest. 3141 ter; Berriat, p. 699, num. 3, 2). Ma quest'azione dell'erede proprietario suppone l'obbligo di conservare e di restituire nell'usufruttuario; quindi la massima si viene limitando qualora l'usufruttuario sia stato esonerato nel testamento dal fare inventario (Pigeau, *Comment.*, t. II, p. 646). Se la volontà del legislatore fosse autorizzata dalla legge, il proprietario dal canto suo non avrebbe facoltà di eluderla; ma alcuni pensano che l'usufruttuario non risentirebbe altro vantaggio dalla disposizione del testatore tranne quello di non sostenere le spese dell'inventario. Si allegano due decisioni in questo senso, l'una della corte di Parigi del 20 ventoso, anno XI

l'altra della corte di Bruxelles, del 10 giugno 1812.

Per noi non vi è disputa possibile. L'usufruttuario *non può conseguire il possesso se non fatto l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degl'immobili, a sue spese*. La dispensa del testatore è una vera dispensa, perchè l'usufruttuario non è più tenuto a far l'inventario, *che potrà esser richiesto dal proprietario a proprie spese* (art. 496 del Codice civile).

3. *Della prelazione fra i competitori dell'inventario.*

Poco s'intende quale interesse possa aversi per essere preferito ad altri nella compilazione di un inventario, che è fatto nell'interesse comune. Se l'istante in nome del quale il pretore accorda la compilazione dell'inventario fosse investito di una certa ingerenza direttiva, di una certa facoltà di regolare il procedimento, come il creditore che è in possesso degli atti esecutivi, qualche cosa da parere un interesse, potrebbe ravvisarsi in lui, ma l'inventario è governato da pubblici ufficiali. Non vi è dunque terreno solido per costituirvi un diritto, e la leggo difatti non se ne occupa in verun modo.

In questo stato di cose io ritengo che proferito dal giudice il decreto per la formazione dell'inventario, niuno possa sorgere a contraddirvi sotto colore di avere un diritto più forte o di meritare la preferenza.

L'unico caso, a mio avviso, nel quale potesse suscitarsi la gara sarebbe *ove le istanze fossero contemporanee*, o *almeno anteriori alla pronuncia del decreto*.

Io non ammetto che questa sola combinazione, e nondimeno vi è da scegliere fra più opinioni. Ve n'hanno tre. Chi crede veramente in un diritto di preferenza stabilito nella ragione più potente del proprio titolo (Carré, quest. 2141; Berriat, tom. II, p. 690); altri vuol lasciarne al giudice l'arbitrio (Demiau-Crouzilhac, p. 621); od altri non trovando motivo a distinguere, ammette la istanza collettiva (Rolland de Villargues, *Répertoire du Notaire*, tom. IV, pagina 399). Dalloz ne dà un cenno nel *Répertoire* (vi *Scellés* e *Inventaire*), e nulla conclude. Il Chauveau tenendo una via di mezzo, e *insieme la più giusta*, decido potersi ammettere *la distinzione per categorie;* gli eredi, i legatari, saranno preferiti ai *creditori;* ma se i richiedenti appartengono alla stessa categoria (1), si ammettono congiuntamente e senza distinzione.

4. *Degli ufficiali competenti alla formazione dell'inventario.*

Precedenti storici. — 1. Da tempo antico e in Francia e in Italia i notai sono in possesso di fare gl'inventari; in qualche consuetudine, e più specialmente nelle dizioni feudali, secondo si narra, preferivasi il cancelliere del tribunale. La legge francese del 6 e 27 marzo 1791 (*Organisation judiciaire*) restituì questa funzione integralmente ai notai. « La confection des inventaires, procès-verbaux de description et de carence des successions, n'appartiendra pas au juge de paix, mais aux notaires, même dans les lieux où elle a été attribuée aux juges ou aux greffiers » (articolo di detta legge).

La legge di procedura francese venne poi a regolare il diritto di nomina. Il coniugo in comunione di beni, gli eredi e i legatari a titolo universale *potevano convenire per la scelta di uno o due notai, come di uno o due stimatori o periti;* e non trovandosi d'accordo, la nomina era demandata al presidente del tribunale (articolo 935 del Codice di procedura). Fra i notai presentati dalle parti, il presidente poteva scegliere (Debelleyme, tom. II, pag. 201). L'articolo 935 si riteneva derogatorio dell'articolo 1031 del Codice Napoleone, che stanziava un diritto nell'esecutore testamentario di scegliere l'ufficiale ministeriale che dovrebbe compilare l'inventario a preferenza degli stessi eredi.

Se il testatore avesse facoltà di deputare i notai dell'inventario, era controverso. Sembrava anzi prevalere l'opinione negativa. Si contrastava questo diritto *oltre tombe;* non si sa in qual ragione fosse fondato un tale potere (Rolland de Villargues, *Répertoire*, numero 64). Come per trovare un ripiego, si sottilizzava dicendo che per far passare questo suo comandamento, il testatore avrebbe dovuto crearne una clausola risolutiva della stessa successione (Dalloz, *Répertoire*, v° *Inventaire*, num. 191). Singolare che il testatore che impone ai suoi posteri tanti voleri, non avesse potuto imporre ancor questo!

2. La nostra legislazione consacra quella facoltà del testatore. La elezione fatta dal testatore dev'esser preferita ad ogni altra. Se la persona nominata fosse già partita dal mondo, nulla potrebbe dedursi dalla disposizione caduca; non potrebbe neppure dedursi che ad ogni modo il testatore ha voluto preferire la classe dei notai all'opera di un cancelliere. Si dovrebbe sempre dire ch'egli ebbe

(1) Così, per esempio, gli eredi e l'esecutore testamentario.

fiducia nell'individuo da lui eletto, e questo mancato, deve rientrarsi nell'ordine legale. Se il testatore avesse dettato che in tutti i casi dovrebbe preferirsi un notaio ad un cancelliere si avrebbe come non scritto, perchè proclamando la diffidenza contro un ceto rispettabile di funzionari, sarebbe immorale.

Fuori della legge del testatore, che dovrebbe seguirsi nei limiti divisati, la regola è che al cancelliere si appartiene la fazione dell'inventario. La facoltà del pretore di nominare un notaio non eccede la sfera locale, e s'intende nei brevi termini della pretura, ad economia di spese.

Una limitazione a codeste regole è scritta nell'articolo 282 del Codice civile. Se gli eredi sono minori di età. Se il testatore non deputò un notaro, e il deputato è morto, la nomina appartiene al consiglio di famiglia.

Articolo 867.

Quando alla rimozione dei sigilli e all'inventario si debba procedere da un notaro, il cancelliere gli rimette, ritirandone ricevuta:

1° Le chiavi di cui nell'articolo 851;

2° La copia del processo verbale d'apposizione, dell'istanza e del decreto per la rimozione dei sigilli;

3° La copia del decreto indicato nell'art. 856, se questo abbia avuto luogo;

4° Una nota delle opposizioni che gli siano state notificate, con indicazione della data delle stesse notificazioni, del nome, cognome, e della condizione degli opponenti, e della residenza o del domicilio dichiarato o eletto da essi.

Le dette copie e nota si devono unire all'inventario.

Articolo 868.

Hanno diritto di assistere alla formazione dell'inventario:

1° Il coniuge superstite;

2° Gli eredi legittimi presunti;

3° L'esecutore testamentario, gli eredi istituiti e i legatari, se il testamento sia noto;

4° I creditori che abbiano fatto opposizione alla rimozione dei sigilli.

Annotazioni.

1. *Creditori.*

Quei creditori che poterono domandare la formazione dell'inventario non hanno però diritto ad *assistere all'inventario*, diceva il Pigeau, senza preoccuparsi dell'anomalia, poichè, perfetto testista com'era, trovava che l'articolo 942 della procedura francese non annoverava i creditori fra coloro *in presenza dei quali deve farsi l'inventario*. Giureconsulti altrettanto valenti, quali erano Merlin, Berriat Saint-Prix, si fondavano nell'art. 932 per sostenere che i creditori *i quali avessero fatto opposizione alla levata dei sigilli*, dovevano esser chiamati per assistere all'inventario. Quest'opinione era divisa anche dal Carré (questione 3142). Invece il Bilhard, scrittore speciale sulla materia, si contentava a questo, che quei creditori avrebbero anche potuto, volendo, assistere all'inventario, senza che però fosse necessario il loro invito o presenza (*Du bénéfice d'inventaire*).

L'art. 932 del Codice di procedura francese era una legge singolare. Invero permetteva ai *creditori opponenti* di assistere all'inventario (che era il concetto di Bilhard) ma soltanto *à la première vacation* (sessione); nelle successive non avrebbero potuto intervenire che per mezzo di mandatario. *Par mesure d'économie*, nota Boitard al detto articolo.

La nostra legge non *permette* soltanto, ma attribuisce diritto ai creditori *che hanno fatta opposizione alla rimozione dei sigilli*, non per una sola sessione, ma per tutto il corso dell'inventario.

Ma non basterebbe forse avere domandata l'*apposizione dei sigilli* per avere un eguale diritto?

Non basterebbe. Rammentiamo che quel-

l'atto ha talmente e semplicemente *un carattere conservatorio*, che può eccitarsi da chi non ha e non avrà mai il menomo diritto sul patrimonio (art. 848, 849): ecco dunque un atto che per se stesso non attribuisce diritti.

Vero è che, rispetto ai creditori, ci si guarda in viso; si esige, per così dire, il passaporto (1): la loro entrata non è facilmente ammessa. Ma in ogni modo, chi si limita a domandare l'*apposizione dei sigilli*, dovrà bensì giustificare in qualche caso, come in questo, un forte interesse, ma quanto a lui non gli si può ascrivere altra intenzione ed altro scopo che quello solamente di giovare al patrimonio come un mezzo legale di assicurazione.

L'*opposizione alla rimozione dei sigilli*, specialmente promossa da un creditore, include il particolare significato *di opporsi alla compilazione dell'inventario, se lui pure non sia presente;* ed è questo certamente il significato al quale la legge aderisce; dacchè una volta ammessa e sanzionata dal giudice la opposizione, partorisce il diritto *assoluto, imprescindibile*, di assistere all'inventario.

Coll'approfondire di più l'argomento, si domanderà ancora *perchè mai i creditori opponenti alla rimozione dei sigilli acquistano il diritto* di essere citati, e intervenire nell'atto dell'inventario; ed altri creditori, forse provveduti di titoli migliori, non siano punto considerati? La legge non pone a condizione di questo diritto un giudicato qualunque onde risulti giustificata la opposizione, secondo i motivi più o meno valevoli, da cui fosse sostenuta (2).

Non sarà mai intesa, io credo, la legge nel suo spirito (3), *quando allo stesso fatto puro e semplice della opposizione* non si attribuisca questa virtù di conservare un'azione e di renderla esercibile. Ne troviamo tanti esempi nel Codice, che non è mestieri il venirli additando. A ciò si aggiunge che non si può assumer veste di opponente legittimo se non si è nelle condizioni volute dall'art. 847, num. 4. Il pretore deve apprezzarne i motivi, esaminar i titoli; per cui la stessa opposizione, in quanto mira ad aver parte nell'atto dell'inventario, ha già un appoggio legale.

3. *Della presenza del tutore* o *protutore all'inventario.*

È chiaro che quando nell'art. 868 si parla di *eredi legittimi presunti*, di *eredi istituiti*, ecc., s'intende che, essendo incapaci, si cita per essi il loro rappresentante.

Che il tutore *possa intervenire* alla confezione dell'inventario, non si revoca in dubbio; egli vi ha un personale interesse, perchè deve rispondere di tutte le cose che passano nell'inventario, per il che dev'essere citato, ov'egli stesso non proponga la domanda. Che però l'inventario senza la presenza di lui sia irregolare, non può in verun modo sostenersi: la legge esige principalmente l'intervento del *protutore*. « L'inventario si farà *coll'intervento* « *del protutore* e coll'assistenza di due testi« moni, da scegliersi fra i parenti o gli amici « della famiglia per mezzo del notaio nomi« nato dal tutore, o altrimenti dal consiglio di « famiglia » (articolo 282 del Codice civile).

Quei commentatori dell'articolo 451 del Codice Napoleone che non ritengono necessaria la presenza del protutore se non quando si verifichi discrepanza d'interesse fra il tutore ed il minore (Rolland de Villargues, *Répertoire des notaires*, tom. IV, pag. 401; Duranton, tom. III, num. 415), danno una interpretazione, che può esser ragionevole in relazione a quell'articolo, che si esprime così: « Il tu« tore, farà immediatamente procedere all'in« ventario dei beni del minore *in presenza* « *del surrogato tutore* ». Senza dare il mio espresso suffragio a simile interpretazione, dico però che l'espressione del nostro testo è più decisa, e non ammette dubbi sulla necessità dell'intervento del protutore.

Per parte mia sono convinto che non vi è materia per distinguere; che non deve ricercarsi se gl'interessi del tutore siano o no all'unisono con quelli del pupillo, distinzione che io reputo arbitraria. Io trovo invece un profondo antivedere della legge in questo necessario intervento del protutore. È un vero controllo dell'operato del tutore e una guarentigia della sua futura amministrazione. L'interesse personale del tutore, immorale ma dalla legge paventato, sarebbe nel lasciar fuori dell'inventario, nell'omettere, nel dissimulare molte cose, perchè di quelle non sarà poi chiamato a render conto. L'interesse del pupillo è per conseguenza contrario. Il protutore, esonerato dall'amministrazione abituale, esercita un ufficio proprio del suo carattere e inerente alla sua missione (art. 266 del Codice civile), *non perchè la contraddi-*

(1) Vedi l'art. 848, e le Annotazioni relativa.

(2) Devono indicarsi i *motivi della opposizione* (articolo 860, num. 5)

(3) Spesso *spirito della legge* intendiamo il suo stesso sistema, la sua ragione organica e generale.

zione degli interessi sia manifesta, ma perchè è temuta e possibile. È insomma una cautela che, come tutte le cautele, previene e tranquillizza sul buon esito di una operazione.

4. *Il minore emancipato non può assistere all'inventario senza la presenza del curatore.*

In altri termini, la presenza del curatore è necessaria. Io seguo in questo l'opinione di Rolland de Villargues (*Répert. du notaire*, tom. III, pag. 401) contro Chauveau e Favard de Langlade. Nè osta che il minore emancipato possa domandare l'inventario senza l'assistenza del curatore. Ognun vede che in questo caso egli fa atto tanto utile quanto innocuo; laddove gravi difficoltà, cui egli non saprebbe riparare, possono sorgere nella formazione dell'inventario, ed a gravi pregiudizi può andare incontro.

Articolo 869.

Non può procedersi all'inventario, se non siano presenti o citate le persone indicate nell'articolo precedente.

La citazione esprime il luogo, giorno e l'ora in cui si darà principio all'inventario.

Tra la citazione e l'inventario deve esservi l'intervallo almeno di tre giorni.

Non è necessaria la citazione di coloro che non abbiano il domicilio o la residenza nella giurisdizione del tribunale, nel quale si procede all'inventario. In loro vece si cita il notaro che, sull'istanza del richiedente, sarà delegato dal pretore per rappresentarli.

Annotazioni.

1. *Della citazione.*

Il Chauveau ci addita la differenza che passa fra una citazione per la levata dei sigilli e quella per assistere all'inventario. È d'uopo tenersi al suo insegnamento: « Il ne faut pas croire « cependant que ces deux actes soient de la « même nature. La sommation, afin d'assister « à la levée des scellées, est un acte de la jus« tice de paix, rédigé et taxé suivant les règles « propres à cette jurisdiction. Mais lorsqu'il « s'agit de l'inventaire, l'on rentre dans la « règle générale; *et c'est par une sommation « en forme ordinaire* que les parties doivent « être appellées » (in Carré, quest. 3145 bis). Il giorno era già destinato dal pretore sulla istanza stragindiziale che gli venne fatta (articolo 866).

2. *Se la inosservanza del prescritto nell'articolo 869 porti per conseguenza la nullità dell'inventario.*

La questione è grave e per sè e per le conseguenze. Quale disordine dall'annullamento di un inventario; quali effetti enormi potrebbero anche attaccarsi alla distruzione dell'inventario, fra gli altri la decadenza del benefizio invocato dall'erede, se intanto il tempo fosse trascorso!

Ora due modi di violazioni possono concepirsi dell'articolo 869: 1° Omissione di quelle persone che, secondo l'articolo 868, *hanno diritto di assistere alla formazione dell'inventario;* 2° Vizi e difetti di forma nell'atto di citazione.

Pare che la luce dei commenti sia giunta molto scarsa su questo punto di diritto giudiziario che merita pure seria attenzione. Parlando in primo luogo della *omissione* di quelli ai quali l'articolo 868 guarentisce il diritto di assistenza, il rapporto fra questo medesimo diritto e l'entità giuridica dell'inventario non è forse essenziale? Analizzando il concetto dell'inventario sembra i suoi elementi costitutivi essere i seguenti: 1° Descrizione particolareggiata, precisa, dei singoli oggetti mobili in modo da riconoscerne la identità (verità materiale); 2° Autenticità, nella qualità legale dei funzionari che vi si adoprano e la costruiscono (verità morale); 3° Intervento di coloro che avrebbero diritto d'impugnarlo. Ciò rende comune ad essi l'inventario, *e ne forma il carattere convenzionale e obbligatorio.*

È questo il vero aspetto sotto il quale deve considerarsi l'inventario rimpetto a quelle parti che hanno diritto di concorrere nella sua formazione. È d'uopo che l'inventario si presenti come una convenzione, mentre non è imposto alle volontà dissenzienti come un giudicato; e il giudicato non potrebbe imporlo se il consenso di coloro che hanno diritto d'intervenire, non si fosse prestato o almeno richiesto.

Altrimenti l'inventario sarebbe *res inter alios acta.*

L'inventario di conseguenza sarebbe nullo? Non lo sarebbe *assolutamente*, laonde *non impugnato* produrrebbe tutti i suoi effetti; ma lo sarebbe *relativamente*, ossia lascierebbe aperto

il varco alle eccezioni di coloro che, avendo diritto d'intervenire, non furono chiamati.

Ritorniamo alla questione di nullità rapporto alle due prime condizioni.

L'inventario consiste materialmente nella descrizione particolareggiata e precisa: se non si avesse che un zibaldone confuso, un elenco imbrogliato, sterile di dettagli da non riconoscere le cose, e tale che non si potesse farvi una sufficiente addizione delle cose mancanti, prodotto della negligenza o della frode, niun dubbio che inventario, nel senso legale della parola, non sarebbe: la nullità sarebbe evidente.

Nullo assolutamente è l'inventario, ossia come non fatto, rispetto alle sue conseguenze legali, *se gli uomini che l'ordinarono e lo condussero non avevano giurisdizione* (1).

Da ciò si vede che la nullità della terza maniera è più ristretta: l'abbiamo chiamata *relativa*.

Bisogna peraltro aggiungere che l'inventario non avrebbe alcuna efficienza se l'ordinamento degli articoli 868 e 869 fosse stato *interamente* negletto e violato. Noi ci mettiamo in una ipotesi meno estrema e più frequente; supponiamo essersi trascurati *alcuni degli interessati* senza un manifesto e ingiustificabile disprezzo delle regole stabilite.

Gli *interessati* di cui parliamo, variano secondo lo scopo e fine dell'inventario. L'inventario è prescritto per cause e fini molto diversi; quindi diversi e differenti ordini di persone vi sono invitati, e anche in qualche caso non occorre citazione. Senza troppo occuparci di particolari, ci riportiamo alla succinta enumerazione che abbiamo dato all'articolo 866. Talvolta l'inventario non richiede altra garanzia che quella dell'autorità che la governa e dirige (articolo 29 del Codice civile). Nel caso dell'usufruttuario si può credere necessaria la citazione dell'erede proprietario (articolo 496 del Codice civile). In fatto d'inventario di un'eredità giacente, si procede d'uffizio, o senza citazione. In materia di fallimento il Codice di commercio ha regole speciali.

Rientrando pertanto nel nostro soggetto in cui la teoria spiega il suo lato più interessante e lasciando delle altre specie, restringesi anche di più la sfera della nullità, osservando che non si avrebbe obbligo di citare coloro *che non fossero noti* o non si potessero conoscere senza difficoltà, o *quelli che non hanno domicilio* o *residenza nella giurisdizione del tribunale* (art. 869, ultimo periodo). Da questa disposizione agevolmente si deduce, che la legge non annette *una sostanziale importanza alla chiamata personale dei singoli interessati*, benchè prudentemente costituisca a rappresentarli un pubblico ufficiale, come ora diremo.

Appresso queste varie eliminazioni, noi troviamo che il difetto della citazione di coloro che avevano diritto d'intervenire all'atto dell'inventario, produce i seguenti effetti: 1° Che potranno a loro volta citare onde si dichieri avere diritto di assistere all'inventario, e frattanto si sospenda la sua formazione; 2° Che compiuto l'inventario, non essendosi curati di promuovere tale domanda, potranno eccepirlo o nel totale o nelle parti, *quando dimostrino il loro interesse*.

Potranno eccepirlo nel *totale*. Tizio è creditore di lire centomila verso la eredità che fu accettata col benefizio dell'inventario. Tizio creditore, opponente alla rimozione dei sigilli (art. 868, n.° 4), non venne citato. Ciò nonostante il credito di Tizio fu enunciato, ma in sole 30,000 lire. Tizio oppone la inesistenza dell'inventario rapporto a lui: rapporto a lui, trattasi di un erede puro e semplice che deve pagare del proprio tutto quel di più che fu dimenticato nell'inventario.

Potranno eccepire l'inventario *nelle parti*. Il coniuge superstite che non venne citato, fa espungere dall'inventario, ch'egli non riconosce, una certa quantità di telaggi e biancherie che si supposero di proprietà del defunto, e invece a lui appartengono, e ne ottiene la restituzione.

La condizione si è che *dimostrino il loro interesse*. Perchè si è creditori opponenti, perchè si è il coniuge superstite, non basta per attaccare l'inventario; deve risultare lo scopo; che si tende con ciò a guarentire o realizzare dei diritti che per esso sarebbero stati pregiudicati.

b) Uno sguardo alla citazione irregolare e nulla, e agli effetti che la nullità produce rapporto all'inventario.

Se la citazione dev'essere come ogni altra citazione, munita dei requisiti sostanziali, quando ne manchi, è dunque una citazione nulla (art. 145). Se nondimeno l'*inventario ha avuto il suo compimento*, la nullità della cita-

(1) S'intende sempre dove l'inventario è prescritto da legge: fuori di questo, un inventario non è meno valido se fatto per notaio, talchè abbia carattere di atto pubblico, quantunque per mandato di privati.

zione non porterà l'esorbitante effetto di annullare anche l'inventario. L'effetto sarà sempre quello che si è venuto di sopra analizzando; la citazione o nulla o non regolarmente notificata equivarrebbe al difetto di citazione e di chiamata.

Ma colui che fu nullamente citato non potrà forse a suo grado aprire un giudizio *perchè la citazione stessa sia dichiarata nulla?*

Ma come potrebbe farlo? *La sua comparizione sanerebbe la nullità.* La sua corsa sarebbe subito arrestata da quel muro di bronzo, che è l'articolo 190. Se comparite per domandare la nullità della citazione, dunque la citazione l'avete avuta; dunque sapete che si fa l'inventario: ebbene, intervenite e mettetevi in fila cogli altri. Non permettiamo giri viziosi; se tardi si è avuta la notizia, si avrà forse facoltà, secondo le circostanze, di domandare la ripetizione di certi atti o descrizioni che si trovassero meritevoli di riforma, dannosi al proprio interesse, e via discorrendo: ciò è quanto potrà farsi (1).

2. *Della rappresentanza notarile.*

a) Chi procede alla formazione dell'inventario con istanza al pretore (articolo 866), fa nominare un notaio che *sarà delegato dal giudice per rappresentare quegli interessati che vivono al di là della cerchia della giurisdizione del tribunale.*

b) Domando: se debbano esprimersi i nomi di codesti rappresentanti onde il pubblico ufficiale sappia almeno per quali persone riceve dalla legge il tacito mandato?

Per rispondere esattamente, si vorrà in qualche modo definire il titolo e l'oggetto di questa rappresentanza.

È generale l'oggetto, cioè per sopravvegliare e curare tutto quanto concerne l'ordine, la regolarità, la lealtà delle operazioni dell'inventario; ovvero deve il notaio occuparsi anche *dei singoli interessi*, che di sovente saranno dissimili o discordi?

Chi mai potrebbe sostenere che questo ufficiale, *mandatario unico* di chi sa quanti lontani e assenti, debba o possa occuparsi degli affari di ciascheduno di essi? Ciò non è possibile. Resta dunque ch'egli si adoperi bensì pel loro bene e vantaggio; ma in quanto il bene deriva ad essi, come a tutti gli altri, dall'ordine, regolarità e lealtà delle suddette operazioni. Sotto questo aspetto è inutile il sapere chi mai siano i suoi taciti e presunti mandanti: il notaio è un nuovo funzionario aggiunto nell'interesse dell'ordine; ecco tutto (2).

Malgrado queste avvertenze, che mi sembrano incriticabili, una ragione vi è perchè siano pronunciati i nomi degli assenti o lontani (in quanto possano essere noti), e la ragione è questa, che si conosca se colui che procede alla compilazione dell'inventario abbia fatto il debito suo, se abbia adempito alla legge: onde quelli che in tal modo furono regolarmente citati non abbiano ad oppugnare l'inventario, considerandosi quai terzi che non furono citati.

c) *Quegli interessati che sono fuori della giurisdizione del tribunale potranno farsi rappresentare da altri che dal mandatario legale, il notaio?*

Primieramente, dal non esser necessario il citarli, non se ne deduce che non possono citarsi nominalmente. Citati, potranno bene autorizzare un rappresentante. Citati anche nella persona del notaio, potranno presentarsi o farsi rappresentare da speciale mandatario che curi più particolarmente il loro interesse.

Anticamente in Francia il pubblico ministero rappresentava i *non presenti*, o dimorassero oltre i cinque miriametri prescritti, o si trovassero entro quella linea, e citati non fosser comparsi (Pigeau, *Procéd. de Châtellet*, tom. II, pag. 300). Si è creduto meno compatibile quella funzione colla dignità del ministero pubblico, cui in tempi più vicini è stato surrogato il notaio. Questo fatto storico deve assicurarci di due cose: 1° Che la rappresentanza del notaio è piuttosto *generale* che speciale nell'interesse dei singoli; 2° Che il rappresentato ha diritto di intervenire in persona o di farsi rappresentare da mandatario speciale, se è vero che ciò che è costituito a causa di benefizio non può rivolgersi in danno, come sarebbe se ci fosse proibito di provvedere anche meglio al nostro interesse (3).

---

(1) Questi sono i dettami della ragione. La legge è muta; gli autori hanno sorvolato o toccato questo punto con una esitanza e un non saper che dire, che non pare credibile: nella giurisprudenza le tracce sono poche e inconcludenti.

(2) Il notaio potrà, per esempio, opporsi a certe dichiarazioni che si volessero porre nell'inventario in odio degli assenti, ed egli in loro nome protesterà per la salvezza dei loro diritti. In questo modo l'indirizzo del suo mandato avrebbe una manifestazione, ma sempre nell'interesse generale della verità e della giustizia.

(3) Io non credo che per la nostra legge si possa ammettere l'intervento di *due notai*, che nel sistema francese è permesso (articolo 935 del Codice di procedura civile). Si evita qualche spesa di più e qualche questione di più, fra le quali se *amendue i notai* o se un solo dovesse conservare nei suoi rogiti la matrice dell'inventario.

Articolo 870.

L'uffiziale che procede all'inventario deve nominare uno o più periti per la stima degli oggetti mobili.

Il giuramento dei periti è prestato davanti lo stesso uffiziale.

Articolo 871.

Quando non si possa terminare l'inventario nel giorno indicato dalla citazione, è continuato nei giorni successivi mediante avviso verbale che l'uffiziale procedente dà alle parti presenti, senza altra formalità.

Articolo 872.

Oltre le formalità stabilite per gli atti ricevuti da notaro, l'inventario deve contenere:

1° Il nome e cognome, la condizione dell'istante, e la dichiarazione o l'elezione di domicilio o residenza a norma dell'articolo 866;

2° Il nome, cognome e la residenza degli intervenuti, dei citati non comparsi, e del notaro delegato a norma dell'articolo 869, con menzione del decreto portante la delegazione;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei periti nominati, e l'indicazione del giuramento prestato da essi;

4° L'indicazione della citazione notificata agli interessati;

5° La menzione della ricognizione dello stato dei sigilli, della loro verificazione e rimozione, e dei provvedimenti indicati nel capoverso dell'articolo 862, se i sigilli siano stati apposti;

6° La designazione degl'immobili, coll'indicazione della loro natura, del comune in cui si trovano, dei loro confini, e dei numeri del catasto, o delle mappe censuarie;

7° La descrizione e la stima dei mobili, la quale deve essere fatta a giusto valore, colla specificazione del peso e del marchio per gli oggetti d'oro e d'argento;

8° La designazione della quantità e specie delle monete per il danaro contante;

9° L'indicazione dei titoli attivi e passivi risultanti da atto pubblico;

10° La descrizione delle altre carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo, le quali devono sottoscriversi in principio e in fine dall'uffiziale che procede. Dei libri o registri di commercio si deve accertare sommariamente lo stato, sottoscrivere i fogli e lineare gli intervalli dallo stesso ufficiale;

11° L'indicazione del modo con cui si sia provveduto alla custodia delle altre scritture;

12° La menzione delle persone a cui siano state consegnate le carte e i mobili inventariati;

13° L'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente, e la risposta sul proprio onore data da coloro che prima dell'inventario ebbero la custodia dei mobili o abitavano la casa in cui erano riposti, se conoscano che vi sia altro a descrivere, e se sappiano direttamente o indirettamente che manchi alcun oggetto caduto nella successione.

Quando sorga contesa tra gli interessati se qualche oggetto debba o no inven-

tariarsi, l'uffiziale lo descrive nell'inventario, facendo menzione delle osservazioni e istanze delle parti.

L'inventario dev'essere sottoscritto ad ogni interruzione, e alla fine, dagli interessati presenti, dai testimoni e dall'uffiziale.

Annotazioni.

Faremo onore alla previdente accuratezza del legislatore, occupandoci piuttosto di qualche concetto complesso, mentr'esso ci porge una serie di particolari i più esatti.

1. *Materia dell'inventario.*

L'inventario comprende ogni sorta di beni, mobili ed immobili, colla nota differenza che i mobili sono descritti e stimati, e gl'immobili semplicemente descritti (designati), coi caratteri però e coi segni distintivi ordinati al n. 6 del nostro articolo 872.

Ogni oggetto mobile, niuno eccettuato, deve essere stimato?

Questo è ciò che dichiara espressamente il n. 7 del suddetto articolo; eppure ci sono delle limitazioni che si comprendono al solo annunziarle.

Il *manoscritto di un'opera scientifica* come si stima? su quali basi? Bisognerebbe studiare il libro e apprenderne il merito intrinseco; ma questo è troppo per un inventario, e troppo poco per valutare il libro nel rispetto economico. Siamo in Francia, in Italia o in Ispagna per sapere cosa vale un libro? Ecco tre paesi che misurano a grandi distanze il prezzo sonante di un libro. Libri senza un valore proprio, ne acquistano dalle circostanze uno straordinario; non cito esempi, non nomino autori; anzi mi fermo qui per dire che un manoscritto è inestimabile; e se si portasse l'ossequio della legge sino a stimare un manoscritto, prima almeno di aver conferito coll'editore, si farebbe una cosa che la legge stessa non può richiedere, cioè una cosa inutile.

Un manoscritto di antico e celebrato autore, un manoscritto che contenga monumenti storici inediti e rari, ecco altri generi di manoscritti che sfuggono alla prescrizione dell'articolo 7 e dell'articolo 872 che desidera proprio il *giusto valore.*

In questi casi basterà una estimazione, che chiameremo razionale, a giudizio di persone intelligenti (1).

Pitture-quadri.

Certamente lo scopo della legge, esigente il *giusto valore*, si è che quello che è tenuto a renderne conto, il tutore, l'erede beneficiato, ecc., trovino nella stima la misura della loro responsabilità se per colpa loro il mobile perisca o si disperda.

La stima di una pittura illustre, sempre difficile, è però meno difficile di quella di un manoscritto inedito per queste ragioni. Perchè il linguaggio della pittura è più intelligibile di quello di un manoscritto, di un libro inedito. Perchè ha un numero d'interpreti molto maggiore. Perchè è cosmopolita; i quadri viaggiano per tutto il mondo; per conseguenza le idee del commercio, che hanno dovuto allearsi coi grandi apprezzamenti dell'arte, sono meglio stabilite su questo punto.

Effetti di valore relativo.

Vi hanno, specialmente in commercio, cose mobili di valore relativo, che hanno cioè una reale importanza ed un costo proporzionato all'impresa a cui servono; e ne avrebbero uno diverso e ben tenue isolati da quella. Gli attrezzi e gl'istrumenti di una nave, di una macchina industriale, di uno stabilimento meccanico valgono in un rapporto d'insieme, secondo il grado di servigio che prestano; staccati, divisi, o non avrebbero pregio, o ne avrebbero uno assai tenue.

Stando alla lettera del testo, le cose si descrivono, l'una dopo l'altra, individualmente; di *valore correlativo*, non si trova cenno; nondimeno la natura delle cose detta che la descrizione dei singoli istrumenti, che formano per esempio uno stabilimento tipografico, una fonderia d'armi, una fabbrica di spille, devono bensì individuarsi nella descrizione onde non isfuggano; ma si finirà coll'attribuire al totale un valore che rappresenterà la importanza, la forza e capacità produttiva dello stabilimento, che, unita allo spirito vivificante del credito di cui gode in commercio, darà per risultato l'idea del valore che indarno si chiederebbe alle singole parti.

Indicazione di titoli attivi e passivi risultanti da atto pubblico (num. 9).

Voglio avvertire che una specie di confusione si era prodotta nella redazione del Codice

(1) « On doit pareillement comprendre dans l'inventaire les *manuscrits*; mais on se contente dans l'usage de les décrire sans les estimer... ». Dalloz, *Répert.*, v° *Scell. et Invent.*, num. 217).

di procedura francese, onde gli interpreti si trovavano in un certo impaccio. Dice il n. 6 di quell'articolo 943, che *le carte devono essere progressivamente numerizzate e contrassegnate dalla mano di uno dei notai*, ecc. Poi si passa al n. 7, che ordina: *la dichiarazione dei documenti di attività e passività* (1). Sembrava che per codesti documenti, che meglio noi chiamiamo *titoli*, non si esigesse che una *descrizione;* ma sentendosi tutta la forza dell'antecedente precetto, e non trovando come schermirsone, si giunse a stabilire e anche ad applaudire questa curiosa teoria, che il num. 7 non doveva applicarsi *se non a quei titoli ed atti che non esistevano* o *si trovavano presso terzi*, *bastando allora la dichiarazione dei debiti e dei crediti* (2), e sfido a fare altrimenti, se i titoli e i documenti mancassero.

Il difetto della redazione francese fu avvisato dai legislatori piemontesi sino dal 1854. Quel numero che spiega in qual modo devono identificarsi le carte, cambiò di posto e *fu messo dopo;* così si venne a levare ogni dubbio che il disposto speciale ai *titoli attivi e passivi* stesse là come a modificare la regola comune alla identificazione delle carte; poi, o molto accortamente, si mutò la parola *descrizione* in *indicazione*, onde venne fuori un senso schietto, senza dover ricorrere al ripiego degli interpreti.

E il senso è questo, che in apposita rubrica dell'inventario *vengono indicati i titoli attivi e passivi* che formano la parte documentale o l'archivio del patrimonio, in quanto risultano da atti pubblici (copie autentiche); e questi titoli sono perfettamente distinti dalle *altre carte, scritture e note*, ecc., che formano la materia del successivo n. 9. Così si sono ravvicinati i due numeri per distinguerne il soggetto. La ragione è semplice. L'atto autentico basta indicarlo, numerarlo e firmarlo. Le *altre carte, scritture*, ecc., private, più o meno volanti e varie, *devono descriversi*, raggungliarsene il contenuto, *sottoscriversi in principio ed in fine dall'uffiziale pubblico*, ed anche foglio per foglio se possano facilmente dividersi. L'atto pubblico contiene garanzie superiori e proprie.

Giova dare anche una qualche spiegazione al n. 11, *l'indicazione del modo con cui si sia provveduto alla custodia delle altre scritture.*

Il Chauveau nella sua perizia pratica osserva (in Carré, quest. 3148 bis, che vi sono certi esercizi fatti apposta per adunare una farragine di carte d'ogni maniera, come lo studio di un procuratore o notaio, descrivere le quali parte a parte sarebbe noia interminabile e grande spesa. Egli consiglia a farne una cerna, espellendo tutte le inutili, e consegnarle al fuoco se occorra. Quest'ultima parte del suggerimento di Chauveau non crederei da seguirsi. Chi ha la responsabilità dell'inventario deve guardarsi dal farlo; ma come le cartelle e le buste saranno già sigillate, così al levarsi dei sigilli si farà osservare ai presenti, che ivi sono raccolte masse di carte che si ritengono inconcludenti, ma però sarà d'accordo nominata una persona, o anche lo stesso notaio, a farne la cerna; e di ciò si farà annotamento nel processo verbale della sessione (3). O si potranno anche farne tanti involti, contraddistinti o dall'oggetto o dalle epoche, come meglio si possa, e conservarle, perchè talvolta anche le carte che paiono inutili diventano buone.

Tre ordini di carte o scritture sembrano segnalarsi: al n. 9 i titoli autentici; al n. 10 tutte le altre *carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo* (4); al n. 11 le scritture meritevoli di *custodia*. E sono le scritture originali, cambiali, effetti pubblici, obbligazioni al portatore, libretti di casse di risparmio, ecc., che si riuniscono in cartoni appositi, si ripongono nei forzieri; la legge vuole che l'inventario ne faccia espressa memoria, ben inteso che tutte queste carte devono sottoporsi alla formalità dell'articolo 10.

Documenti di cui è contestata la proprietà. Gioverebbe dedicare una pagina speciale

(1) Giusta la barbara traduzione del Codice ad uso dell'antico regno d'Italia.

(2) Ecco le parole di Carré: « On doit donc entendre ces expressions en ces sens, *qu'elles indiquent seulement la déclaration des créances et dettes* « DONT ON N'A PAS DES TITRES OU ACTES, ou dont « les titres ou actes sont en des mains étrangères » (questione 3149). Al che fa seguito il Chauveau: « ... *L'interprétation de M. Carré est généralement* « *admise*... ».

(3) L'inventario è per lo più una lunga istoria che si viene tessendo di giorno in giorno. Il processo verbale, di cui l'articolo 872 presenta tutte le condizioni, si forma successivamente; il suo tenore è storico, e tien conto degli avvenimenti secondo che nascono. In effetto, ogni sessione è segnalata dal suo proprio verbale, la cui apertura comincia dall'indicare le persone presenti, ed è sottoscritto ad *ogni interruzione*, secondo la espressione dell'ultimo capoverso dell'art. 872. Questi verbali riuniti formano quello analizzato dall'art. 872.

(4) Come a dire, che note insignificanti, senza oggetto, ecc., non si descrivono partitamente.

nell'inventario alla descrizione di tali documenti; sarebbe un processo verbale apposito, in cui si registrano, come dice l'articolo, le *osservazioni e istanze delle parti*. Se la proprietà del terzo è evidente, io credo che il pretore potrà senz'altro consegnare le carte a chi spettano. Ciò s'intende semprechè non vi sia opposizione (Codice di procedura francese, articolo 939, ed ivi Chauveau, Boitard, ecc.). La nostra legge non guarda che al caso *in cui sorga contesa fra le parti*, e così inchiude l'opposto, cioè il potersi consegnare le carte. La *contesa* (o meglio *dissenso*) è quanto basta per impedire la consegna, riservate le ragioni e azioni delle parti.

2. *Esposizione di alcune dottrine relative alla formalità dell'inventario.*

a) Dell'inventario come autentico.

L'inventario, *in quanto è prescritto dalla legge*, deve sempre farsi per *atto pubblico* (articolo 872, in principio) (1). Solo per la potenza della forma che allontana ogni sospetto di artificio e di frode, l'inventario è una verità: ossia ha per sè la *fede pubblica* (verità giuridica). Così s'impone anche ai terzi, così respinge ogni prova contraria che non sia dello stesso genere: cioè un'altra prova per atto pubblico. Ma non può facilmente concepirsi duplicità d'inventari, l'uno in opposizione all'altro.

L'inventario, malgrado il suo aspetto storico e descrittivo, contiene il più deciso *carattere convenzionale*. Per chi è tenuto a formar l'inventario è un addebito, un carico di cui si deve render conto: per tutti gli altri che stanno in linea opposta, legatari, creditori, amministrati, è un diritto: *ma un diritto non scevro di obbligazione*. E due sono le maniere di obbligazione che si annettono a tale diritto: la obbligazione di rispettare in chi ha fatto legittimo inventario la posizione di erede beneficiato, la posizione di usufruttuario, ecc.; l'obbligazione di accettare come limite della propria azione e del proprio diritto l'entità e la misura dell'inventario.

Chi ha formato legittimo inventario è già in possesso di un'*azione pregiudiziale* quoad omnes; eccettuati coloro che ad intervenire avevano un diritto guarentito dalla legge, e non furono chiamati (2). La legge è tranquilla quando ha preparato l'inventario colle rigorose cautele della sigillazione; quando ha prescritto l'intervento di quelli che hanno l'interesse massimo, e non abbiano la disgrazia di esser troppo lontani dal luogo dell'operazione; quando ha ordinato che l'inventario deve redigersi per atte pubblico.

La *parte autentica dell'inventario*, quella che non può impugnarsi senza iscrizione in falso, è la materiale esistenza di tutte le cose che vi sono descritte, di tutte le cose che sono cadute sotto i sensi del pubblico ufficiale, e da lui espressamente o implicitamente attestate. La forza intrinseca e l'attributo giuridico dei documenti; il valore delle osservazioni, delle proteste fatte dalle parti interessate; le loro stesse qualificazioni eziandio non contraddette, non desumono dall'inventario il menomo grado di dimostrazione. È ben chiaro d'altra parte che *autenticità* e lealtà, sincerità, verità morale dell'atto, sono cose diverse.

È strano a pensare che il pubblico ufficiale, circondato da tante guarentie, possa tramare una frode di concerto colla parte interessata a menomare la portata dell'inventario. Ma pur troppo ogni fatto disonesto è possibile. L'erede che vuol accettare l'eredità col benefizio dell'inventario fa un garbuglio col notaio per nascouder cedole, titoli al portatore, danari, oggetti preziosi o che so io. È noto che senza iscrizione in falso si può attaccare di dolo e frode un atto di sua natura autentico; è ammessa la prova testimoniale, che d'ordinario è la sola che può aversi. Oltre le pene che spettano al prevaricatore, un tale inventario sarebbe nullo, e l'erede tenuto a tutti i debiti ereditari.

Ma il caso meno infrequente è che l'inventario sia mutilo, imperfetto *per occultazione o dimenticanza di effetti che vi si dovevano portare*, ed è ciò che ci convien vedere.

b) Dell'inventario incompleto per occultazione, dimenticanza, o per altra causa indipendente dal pubblico ufficiale che ne ha la direzione.

Per definire le conseguenze giuridiche possibili a derivare da un tale stato di cose, è d'uopo tornare un momento col pensiero ai diversi fini che la legge si propone coll'ordinamento dell'inventario.

L'inventario *è la condizione dell'acquisto di un diritto;* tal è nel caso di accettazione dell'*eredità col benefizio*, di cui dovremo trattare nel prossimo titolo. La mancanza dell'adempimento della condizione può produrre la decadenza.

(1) Vedi però le limitazioni che veniamo a porre più avanti, lettera *c*).

(2) Della efficienza di questo diritto si è ragionato alquanto a lungo all'articolo 869.

L'inventario può essere *un obbligo inerente al godimento di un diritto*, come quello dell'usufruttuario. Non si decade dal diritto, ma si può esser costretti a riempier l'obbligo, anche a costo della sospensione del godimento del diritto medesimo.

L'inventario finalmente *è un obbligo annesso alla facoltà amministrativa* che assume un tutore, un curatore di un interdetto, o di un assente.

Tali sono gli aspetti principali che l'inventario assume in faccia al diritto, e secondo essi può variare la risposta al premesso quesito.

Noi possiamo supporre l'errore; e possiamo anche supporre la frode in colui sul quale quell'obbligo pesa.

Facciamo l'ipotesi più mite: l'*errore*.

È ritenuto generalmente che un inventario, nel resto regolarmente eseguito, non si annulla, ma vi si provvede con un supplemento all'inventario medesimo (Carré, quest. 3152; Chauveau, ivi; Thomine, tom. II, pag. 567; Dalloz, ecc.). Ciò in quanto all'errore: molto più se si ignorasse senza colpa l'esistenza di altri effetti mobili posti in altri luoghi, forse anche lontani.

La frode a colei che tutto il mondo appuzza a se proviene dall'obbligato, non produce la diretta conseguenza dell'annullamento dell'inventario, se non cade sulla parte stessa dell'inventario che è stata eseguita, ma può ripercuotere l'autore della frode in varie guise. Secondo il grado di malvagità e la gravità del fatto, l'erede può incorrere nella decadenza del benefizio (art. 967 del Codice civile). Se la frode è dell'usufruttuario che abbia conseguito il possesso per sorpresa, sulla base di un inventario grandemente incompleto e difettoso per colpevoli occultazioni e studiate reticenze, in quale condizione verrà a trovarsi costui nelle sue relazioni giuridiche col proprietario? Facciamoci un poco di riflessione, certi di non gettar le parole.

L'usufruttuario ha principalmente l'obbligo di prestar cauzione (1). Dico *principalmente*, perchè, ben guardando, la compilazione dell'inventario *non è che il fondamento e il dato a quo del valore al quale dovrà estendersi la cauzione*. Difatti se noi supponiamo che l'entità e valore della sostanza fosse ben stabilita altronde, o perchè lo stesso testatore ne avesse fatta la descrizione, o perchè vi fossero inventari recenti, o perchè atti di divisione in tempo prossimo ne fornissero una cognizione sufficiente, si potrebbe prescindere, anche per ordine del giudice, dal rinnovare la spesa dell'inventario. Giusta il diritto romano, la cauzione doveva prestarsi dall'usufruttuario come condizione assoluta del suo godimento (Leg. 13, in princ., Leg. 65, Dig., Leg. 4, Cod. de usufr., Leg. 1, § 3 et seq., Leg. 2, 6, 9, § pen. usufr. quemadmodum caveatur). Lo stesso testatore non poteva dispensare dalla cauzione l'usufruttuario (Leg. pen., Cod. ut. in possess. legat., Leg. 6, Dig. eod., Leg. 1, Cod. de usufr.). Ora queste idee hanno subìto la modificazione che è il prodotto della nuova civiltà giuridica (2); ed anche la cauzione può essere rimessa dal testatore, come nell'usufrutto legale dei genitori è rimessa dalla legge (articolo 497 del Codice civile).

Ma riteniamo la ipotesi che l'usufruttuario sia obbligato a prestare la cauzione, come generalmente lo è. Supposto che *non possa dare una cauzione sufficiente* (parole dell'art. 498), forsechè svanisce il diritto dell'usufrutto? No: si trasmuta la forma del godimento che non ha più per base il possesso, perchè si trova che il possesso può essere impunemente abusato. Facciamo un'ipotesi più avanzata. L'usu-

(1) Articolo 498 del Codice civile.

(2) Chi volesse tracciare la storia ideale del progresso che la *ragione* dei moderni ha fatto sul *razionalismo antico*, che penetrò da più parti nella giurisprudenza dai concetti delle varie sètte filosofiche che in epoche più o meno distanti la dominarono, farebbe opera intentata e bellissima, e di grande profitto per la scienza. Ma lasciamo andar questo voto fra i tanti che non ci saranno esauditi. Per dire una parola sul presente soggetto, gli antichi osservavano l'esonero della cauzione sotto il punto di vista dell'interesse generale e della moralità. *Et est ratio* (dice Accursio nella glossa), *quia hæc ultima* (satisdando) *remissa non præstat occasionem delinquendi* (ad Leg. 1, Cod. de usufr.). Il diritto moderno considera invece la cosa sotto altro aspetto; dal lato puro e semplice della proprietà. E si afferma una volta anche il principio, che *la proprietà è la disponibilità assoluta*. Il lascito della proprietà e dell'usufrutto non è che una forma di codesta disponibilità. Il legato della proprietà gravata di *usufrutto senza cauzione* è un *quid minus* di quello che sarebbe se l'usufrutto fosse guarentito dalla cauzione, come il legato di un credito personale è *meno* di un legato di credito d'ugual somma bene assicurato da ipoteca: ecco tutto. L'usufruttuario è tuttavolta obbligato di conservare la sostanza, il che costituisce la essenza dell'usufrutto (articolo 477 del Codice civile). Il testatore *lasciando meno*, non fa che usare del suo diritto di proprietà. La *moralità* noi la poniamo sotto la custodia di ben più elevati principii che quelli di una garanzia reale, che non consideriamo che ne' suoi effetti economici.

fruttuario potendo prestare la cauzione, non la presta; si rifiuta al proprio dovere. Decade per questo dal diritto dell'usufrutto? Non ancora. L'articolo 500 del Codice civile dice che « il ritardo nel dare cauzione *non priva l'usufruttuario del diritto sui frutti* » (1). Il modo della evoluzione dei diritti quando non si adempiono le obbligazioni che vi sono inerenti, anche questo tiene nel giure moderno a un ordine razionale che potrebbe spiegarsi con larghe vedute da chi volesse dedicarvi appositi studi. Vi sono dei diritti *quærendi* che, non adempita la condizione, non si acquistano; tali sono quelli di possedere un'eredità col benefizio di non pagarne i debiti col peculio proprio: ne abbiamo già parlato, e qualche altra cosa converrà dirne al seguente Capo III. L'usufrutto è un diritto *quesito* dal contratto o dal testamento. La cauzione è una modalità piuttostochè una condizione. A più forte ragione deve dirsi dell'inventario.

L'obbligo dell'inventario dev'esser posto sulla stessa linea che quello della cauzione, con quel grado di diminuzione che tiene alla funzione preparatoria ch'esso adempie. L'inventario potrebb'essere non del tutto necessario quando è necessaria la cauzione, secondo i riflessi che abbiamo fatti superiormente. Il proprietario può sempre costringere l'usufruttuario a farlo; o può farlo eseguire egli stesso, se l'usufruttuario non vi è tenuto (articolo 496 del Codice civile, capoverso 2°). Se l'usufruttuario che vi è tenuto si ricusa, ma però ha prestata la più ampia cauzione *de bene utendo et restituendo*, l'inventario si farà dal giudice a tutte spese di lui, ma l'usufruttuario non sarà privato del godimento dei frutti. Se il ritardo di formare l'inventario serve all'usufruttuario di pretesto per differire la cauzione, il giudice lo priverà del *possesso*, e limiterà il modo del suo godimento con misure conformi a quella che ingiunge l'articolo 498.

Fermati questi corollari che era indispensabile di venir ricercando, e rientrando nel tema, *quale cioè sia la posizione giuridica dell'usufruttuario che ha formato dolosamente un inventario incompleto*, dico che non è diversa da quella che si è stabilita. Egli sarà obbligato a rifarlo intero, sotto pena di sentirsi applicare quelle restrizioni che sono specificate nel citato articolo 898 del Codice civile, che non escludono altri mezzi prudenziali secondo la qualità dei redditi e le particolari circostanze dei casi.

Da ultimo perchè non manchi una parola alla terza ipotesi che abbiamo fatta per ciò che riguarda *il dolo del tutore nel fare l'inventario*, egli sarà colpito dalla punizione sancita nell'articolo 288 del Codice civile (2).

c) *Dell'inventario in forma privata e suoi effetti.*

La forma dell'inventario divisata dal Codice di procedura è una sola: l'*atto pubblico*. Non vi ha dunque inventario possibile, avente cioè quella efficacia che è propria della sua natura, *se redatto in forma privata?*

Distinguiamo. La forma pubblica è indispensabile quando si tratta di minori, interdetti, assenti, di persone cioè tutelate dalla legge perchè incapaci di consenso; perchè lo stesso inventario non ha altra ragione di essere che la loro incapacità (3). La forma pubblica è pure indispensabile in quanto l'inventario *deve far fede della verità in faccia ai terzi*, e costituisce un'azione *pregiudiziale-universale*. L'erede beneficiato non può valersi che di questa forma. Ma se l'inventario non è che *la garanzia di un diritto a favore di chi ha capacità di rinunziare ad un benefizio indotto a proprio favore*, non è dubbio che può anch'essere redatto privatamente, *amiablement*, come dicono i francesi. Il Proudhon lo avverte nella specialità dell'usufrutto (*De l'usufruit*, num. 788), se il proprietario è maggiore, se egli se ne contenta. Tanto più questo proprietario è pienamente nel suo diritto, assolvendo l'usufruttuario dall'obbligo di fare l'inventario e di prestar cauzione (4).

d) *Le dichiarazioni di debito emesse nell'inventario da tutt'altri che dagli stessi debitori, come le asserzioni di crediti, non fanno prova nè di fatto, nè di diritto* (Pothier, *Des obligations*, n° 775; Toullier, t. IX, n° 66). Intorno alla efficacia provante dell'inventario rimpetto ai terzi si è dato qualche cenno alla lettera *a*) di questa lunga nota. Ma quel cenno,

(1) Il *ritardo* non può spiegarsi che nel senso di *mora*. Questo testo ha riformato un diverso principio del diritto comune. La mora, nel prestare la cauzione, privava effettivamente l'usufruttuario della percezione dei frutti, comunque si trovasse in possesso (Faber, *Cod. de usufr.*, lib. III, t. XXIII, def. 8).

(2) Articolo 288: « Il tutore che omette di fare l'inventario nel termine e nel modo stabilito, nonostante qualunque dispensa, o lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni, e potrà esser rimosso dalla tutela ».

(3) Altrimenti non sarebbe necessario.

(4) Il che era accordato eziandio nel diritto romano, quantunque la stessa facoltà non avesse il testatore (Richerius, *Jurispr. univ.*, vol. III, § 1660).

io spero, avrà bastato per far comprendere che il soggetto, che nella pratica riceve i suoi maggiori sviluppi, una volta che si osservi nell'aspetto teorico, presenta due lati distinti eppure inseparabili; il *generale* cioè e lo *speciale*. Il generale non è altro che il principio che determina la virtù provante dell'*atto pubblico* per se stesso. Ma l'inventario che riunisce il doppio carattere del convenzionale e dello storico e descrittivo, ha dello stesso atto pubblico contrattuale una efficacia *maggiore da una parte, e minore dall'altra;* il che è della più evidente *specialità. Maggiore* perchè i terzi non intervenuti nell'atto non rappresentati da un loro mandatario, sono tenuti a rispettarlo, e non possono eccepire la *res inter alios acta*, come si ha diritto in presenza di un contratto benchè celebrato per atto pubblico. *Minore* perchè la forza della prova si riduce infine all'atto stesso dell'inventario e alla sua legittima esistenza, e non alle asserzioni o dichiarazioni giuridiche che contiene.

e) Della interpellazione e dichiarazione sul proprio onore (num. 13) *surrogata all'antico giuramento*,

L'articolo 943 del Codice civile francese, num. 8, *ordina la menzione del giuramento all'atto del compimento dell'inventario*, da prestarsi da quelli che prima dell'inventario ebbero in potere gli oggetti, o che abitarono la casa; di non aver asportato nè veduto asportare, nè di sapere che fosse asportata alcuna cosa.

Era giusto fissare questa formalità *al fine* della operazione perchè la sottrazione poteva essersi effettuata durante il suo corso. Nella pratica precedente il giuramento si dava in principio. Fu ritenuto che l'inventario non sarebbe meno valido ove si fosse seguita questa stessa pratica (Roland de Villargues, t. IV, pag. 413), alla condizione però che si fosse ripetuta in fine, il che stimavasi essenziale (Pigeau, tom. II, pag. 668; Dalloz, *Répertoire*, v° *Scellès et inventaire*, num. 266, Cassazione francese, 25 febbraio 1836).

La formalità del giuramento era generalmente in uso negli stati d'Italia (1). Nel Codice piemontese del 1854 fu puro ricevuta (articolo 1023, num. 13. In quello del 1859 fu riformata, ed ebbe per surrogato la *dichiarazione sul proprio onore* articolo 1064, n° 13). L'appello all'onore è inteso da tutti gli uomini alla stessa maniera; il giuramento no. Omai la religione profondamente sentita, tende a diventare il privilegio di poche anime elette: non è più un'abitudine ma una virtù: e quindi rara. Se la omissione di questa formalità importi annullamento è ciò che vengo a dire nell'ultima osservazione e in un punto di vista generale.

f) Delle cause di nullità dell'inventario.

Ogni atto a cui la legge prescrive delle forme, deve riuscire a quello che il legislatore volle onde soddisfare all'oggetto che si propose. Esistere in un modo o nell'altro, non è cosa indifferente, *forma dat esse rei.*

Nulla di più accurato e pieno che la descrizione di questo atto importante nell'art. 872. Ma infine il pratico domanda a se stesso: tutte quante le formalità quivi divisate sono forse necessarie perchè esista l'inventario ed abbia un effetto qualunque?

Diremo poche cose anche perchè si è toccato del soggetto nel corso di queste medesime *Annotazioni*.

Se l'inventario manca dei requisiti dell'*atto pubblico*, degenera in un accordo privato, le cui limitate conseguenze si additarono or ora alla lettera c).

Del resto nulla si apprende nè dall'art. 872, nè da altri, sulla importanza rispettiva di tutte queste formalità: non un motto che accenni a nullità. Portiamoci anche una volta sul secondo teorema, registrato nell'articolo 50.

La essenzialità di alcuna di esse formalità appare senza contrasto.

L'inventario consta di due parti: 1° *di menzioni ossiano affermazioni di atti preparatorii o contemporanei, ma che sono fuori dello stesso inventario* (2); 2° *di quella parte che può dirsi costitutiva dell'inventario medesimo.*

Alle *menzioni* spettano i num. 3, 4, 5, 12, 13. Le altre parti sono il lavoro stesso e l'ufficio dell'inventario che si svolge mano mano come un avvenimento. È un complesso di descrizioni. Alcuni atti precedenti o concomitanti l'inventario sono di necessità assoluta. Sono quelli dei numeri 4, 5. Senza l'accertamento di quei fatti risultante dallo stesso rogito dell'inventario, questo non avrebbe esistenza legittima. Se l'inventario non descrive, non enumera, non rende quella sufficiente nozione che è necessaria, con un cert'ordine, con quella chiarezza che è nelle viste del legislatore, sarebbe come non fatto: infine sarebbe un in-

(1) Regolamento pontificio, § 1549, num. 9; napoletano, articolo 1029, num. 8).

(2) Alcuni però sono o possono essere allegati all'inventario.

ventario nollo. Ma la teoria non poò offrire regole specifiche; bisogna decidersi in presenza del fatto. Facciamo bene avvertenza, che non si tratta di *un atto giudiziale per la cui nullità la parte contraria acquisti nell'ordine della procedura una posizione vantaggiosa* che non le poò esser tolta. Potrà correggersi, rinnovarsi nelle parti difettose, purchè non sia opera della frode, sugli effetti della quale abbiamo superiormente discorso (1).

Articolo 873.

I mobili, le carte e gli oggetti inventariati sono consegnati alla persona nominata dalle parti interessate, o, in difetto, dal pretore sull'istanza di una delle parti, presenti o citate le altre.

Annotazioni.

Al tutore o all'erede che reclama il benefizio dell'inventario: in certi casi anche a persone terze, quali custodi.

Presenti o *citate le altre parti*. Pare che la citazione debba rinnovarsi, e non basti quella che già deve precedere l'inventario, ed essere menzionata a termini del nº 4 d. ll'art. 872.

È realmente cosa importante scegliere un depositario, un custode a *mobili*, *carte* ed *oggetti* di un valore indefinito. In verità il testo poteva parlar più chiaro; ma veniamo a questa spiegazione anche osservando che il Codice di procedura francese ha una disposizione che la legge sarda ha modificata sino dal 1854 (articolo 1024 di quel Codice). Il Codice francese autorizza il *presidente del tribunale* a nominare il depositario o custode, fors'anche fra gli stessi successori nell'eredità, *quando non sia stato nominato dalle parti*. Anche il pretore ha la stessa facoltà, ma egli non può esercitarla che in seguito di citazione, salvo chè le parti che dovrebbero citarsi, non siano presenti.

Le parti da citarsi non sarebbero che quelle divisate dall'articolo 868.

Finito l'inventario resta adunque di provvedere alla grave faccenda del consegnare l'ente inventariato; e notate che possono essersi intravednte nel frattanto questioni sul diritto di succedere, questioni di proprietà degli oggetti, ecc., e i diritti delle parti non devono essere pregiudicati.

Si ricorderà che il pretore non è presente, o almeno non ha questo mandato dalla legge, di esser presente all'inventario. Chi ha interesse farà quindi apposita istanza al pretore medesimo, sottoponendogli l'originale o copia dell'inventario, e farà destinare un giorno per l'udienza, pel quale citerà quelli che devono citarsi. Chi non sarà presente non avrà a dolersi, e non potrà redimersi dalla contumacia.

Il redattore però dell'articolo non ha preveduto che dalla chiusura dell'inventario alla consegna, un certo intervallo deve trascorrere. Io ritengo che l'uffiziale che governò l'operazione, abbia dalla necessità delle cose la facoltà di ordinare nel frattanto quelle misure di precauzione che saranno della sua prudenza.

Articolo 874.

Le disposizioni contenute in questo capo si applicano a ogni inventario ordinato dalla legge, salvo le formalità speciali stabilite dal Codice civile per l'inventario dei beni dei minori.

Annotazioni.

Queste speciali disposizioni sono ordinate negli articoli 281, 282, 283, 284, 285, del Codice civile.

---

(1) « Si l'inventaire était irrégulier, par exemple, « si le notaire avait oublié de le signer, s'il était « incompétent, ces imperfections pourraient, sui- « vant les circonstances, ne pas tirer à conséquence, « à moins qu'elles ne fussent du fait de l'héritier, et « qu'il n'avait par sa parte fraude ou soustraction » (Carré, quest. 3152). Io mi avanzo di più, statuendo che un inventario, incompleto non solo nella parte formale, ma altresì materiale, può esser riformato, compito.

CAPO III.

DEL BENEFIZIO D'INVENTARIO.

Articolo 875.

L'erede con benefizio d'inventario che vuole ottenere l'autorizzazione di vendere i beni mobili dell'eredità, deve chiederla con ricorso al pretore del mandamento in cui si è aperta la successione, salvo quanto è stabilito nell'articolo 868.

Per la vendita si osservano le disposizioni del capo VI, titolo II del libro II, in quanto siano applicabili.

Il prezzo della vendita in caso di opposizione si distribuisce a norma di legge.

Annotazioni.

1. « L'effetto del benefizio dell'inventario « consiste nel dare all'erede questi vantaggi « — che non sia tenuto al pagamento dei de« biti ereditari e dei legati oltre il valore dei « beni a lui pervenuti, e possa liberarsi col « cedere tutti i beni dell'eredità ai creditori e « ai legatari — che non siano confusi i suoi « beni propri con quelli della eredità, e gli « sia conservato contro la medesima il diritto « di ottenere il pagamento dei suoi crediti » (articolo 968 del Codice civile).

Il § 3, Sez. II, Capo III, Titolo II, Libro III del Codice civile espone le obbligazioni e le facoltà dell'erede beneficiato, riservata, come si doveva, al Codice di procedura la parte ordinamentale che riguarda la vendita dei beni, che è la materia di questo Capo dall'art. 875 all'879.

Noi verremo intanto ravvicinando questi due rami della legislazione per quell'armonico concerto che è necessario.

2. *Delle persone che non possono accettare l'eredità se non col benefizio dell'inventario.*

Non abbiamo che a riferirci ad alcuni articoli del Codice civile.

a) Figli soggetti alla patria potestà (articolo 226).

b) Minori-interdetti-inabilitati (art. 930). Quantunque in tutto il Titolo IX del Libro II non si trovi espressamente vietato ai rappresentanti dei minori e interdetti di accettare eredità senza il benefizio dell'inventario, ciò è stabilito e fermo per quattro argomenti evidentissimi: 1° che entrando questo nuovo patrimonio sotto il governo del tutore, e non potendo il tutore inprendere la tutela se non dopo eseguito l'inventario nelle forme più solenni (articoli 281, 282 e seg. del Codice civile), il tutore ha l'obbligo preciso di fare l'inventario anche del patrimonio che si accresce al primo, e quindi viene a liquidare lo stato dell'eredità per accettarla definitivamente, o ripudiarla; 2° perchè il padre non può accettarla che allo stesso modo pei figli soggetti alla sua podestà (citato articolo 226); 3° perchè ciò deve farsi anche per i maggiori inabilitati (articolo 931); 4° perchè l'articolo 930 basta per se solo a togliere ogni dubbio.

c) Corpi morali (articolo 932 del Codice civile).

3. *Quando il beneficiato assuma qualità irrevocabile di erede.*

La ricerca non è totalmente estranea al commento della procedura, nel quale si deve venir seguitando l'erede beneficiato nelle varie operazioni disciplinate da questo Titolo. Qui però abbiamo insegnamento di chiarissime leggi, onde il nostro cômpito sarà facile e breve.

Si premette una dichiarazione d'animo; il successibile espone *nella cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione*, ch'egli « non intende di assumere « la qualità di erede se non col benefizio del« l'inventario. Tale dichiarazione entro un « mese successivo sarà per cura del cancel« liere trascritta all'uffizio delle ipoteche del « luogo in cui si è aperta la successione, ed « inserita per estratto nel giornale degli an« nali giudiziari » (articolo 933 del Codice civile).

Egli non è ancora l'erede: ma è un uomo

che prende il suo posto; più tardi assumerà irrevocabilmente questa qualità; ma intanto la successione è piena, e niun altro può reclamare pari diritto, nè pretendere al possesso dei beni ereditari.

L'eredità si presenta meno come un acquisto desiderabile che come un pericolo. Di fronte a una tale eredità giova, non indossare troppo presto un abito che può bruciarvi la pelle; è una prerogativa che precocemente acquistata, si parifica ad una pena; e *voi siete condannato* ad essere un erede puro e semplice, se la vostra dichiarazione non è preceduta o susseguita dall'inventario (articolo 957 del Codice civile).

Alla *emissione* della dichiarazione, la legge non prefigge termine. Il successibile è incalzato dalla sua posizione medesima; la legge lo sa e basta. A lui solo interessa di uscire da tale posizione che gli lega le mani: egli non può muoversi senza correre il rischio di sentirsi opporre l'accettazione tacita dell'eredità (articolo 934, capoverso 2° del Codice civile), e così perdere il benefizio.

Ma dopo la dichiarazione egli si carica di non pochi e rigorosi doveri. La legge fa la doppia ipotesi *ch'egli sia* o *non sia nel possesso reale dell'eredità*. Solo in questo secondo caso gli può essere imposto giustamente ed efficacemente un termine a cominciare e finire l'inventario. È il caso determinato dall'articolo 959. Alla prima ipotesi provvede con equità e chiarezza l'articolo 962.

Dopo la dichiarazione e dopo l'inventario che formano il compimento delle obbligazioni preliminari, il successibile che ha conservato sino a questo punto la sua libertà, *delibera*, e in questa serie di atti abbiamo seguìte le tradizioni del diritto romano, modello perpetuo di civile sapienza (Cod. de jure deliberandi).

Qui si presenta una grave osservazione che non sarà certamente sfuggita ai commentatori del Codice civile italiano. E difatti non è sfuggita ai chiarissimi signori Cattaneo e Borda (*Commentario del Codice civile*, articolo 961). L'articolo 1016 del Codice albertino statuiva che se nei tre mesi dal compito inventario *l'erede non avesse deliberato sull'accettazione o ripudiazione della eredità*, sarebbe considerato *erede col benefizio dell'inventario*. Conclusione ripugnante al dettame giustinianeo e alla ragione. Al prisco diritto di deliberare, Giustiniano surrogò quello dell'inventario che chiamò ed era un reale *benefizio*, avvegnachè permettesse di formarsi un'esatta idea delle cose prima di decidersi, e determinasse con precisione i rapporti giuridici che venivano a crearsi fra l'erede e i creditori della eredità. Ma chi appresso l'inventario, e dentro l'anno, non avesse deliberato o accettando la eredità o ripudiandola, *si riteneva erede puro e semplice*, soggetto a tutti i debiti ereditari senza distinzione; si riteneva cioè aver rinunciato al benefizio ed avere prescelto l'antico metodo, quasi in dispregio della nuova legge di cui il legislatore, e giustamente, molto si compiaceva. Chiamo antico quel metodo perchè così volle chiamarlo lo stesso Imperatore (1); sebben da lui riveduto, e con più liberali intenti fosse stato riformato nella sua costituzione *cum in antiquioribus* (Leg. 19, Cod. de jure delib.), emanata nell'anno 529 (2).

Il Codice albertino, dispaiandosi dalla tradizione romana (il che non era avvenuto nemmeno al Codice Napoleone il cui silenzio fu sempre interpretato in quel senso, art. 795), si trovò anche in disaccordo colla ragione. A rivestire la qualità di erede puro e semplice, il successibile non ha bisogno di *deliberare:* il fatto basta: ma non si è erede beneficiario senza aver adempito alle prescrizioni di legge e senza volerlo essere. Inoltre i creditori non devono vivere in condizione d'incertezza. Se l'erede che ha fatto l'inventario si mantiene in possesso dei beni, e non dichiara di volere usare del favore che la legge gli offre, si reputa essersi già assicurato che non vi ha pericolo nell'accettazione pura e semplice, ed è il risultato della ragione applicato a questa combinazione giuridica.

4. *Come l'erede beneficiario possa vendere i mobili dell'eredità.*

L'erede beneficiario non è che un amministratore (articolo 970 del Codice civile); tenuto a render conto (971). Egli può essere costretto alla *satisdatio:* portato delle legislazioni moderne a cominciare dal Codice Napoleone (articolo 807). Partendo intanto dal supposto che l'erede beneficiario abbia datè le cauzioni che i creditori sono in diritto di chiedere (articolo 975 del Codice civile), nasce una questione grave, ed è la seguente:

L'erede beneficiario che ha dato cauzione può vendere senza autorizzazione e senza formalità i mobili ereditari?

Premettiamo in via di principio elementare

(1) « ... in solidum *secundum antiqua jura*, omnibus creditoribus teneantur » (Leg. ult., Cod. de jure delib., § 14).

(2) Mentre l'altra costituzione, che è la lunghissima Leg. ult., Cod. de jure delib., è dell'anno 531).

in questa materia, che nei *rapporti coi terzi* l'erede è padrone e dispositore dei beni, e le sue contrattazioni sono valide e operative. Egli è solamente nelle attinenze coi creditori della successione che l'erede si pregiudica, talmente che la vendita arbitraria lo fa decadere dal benefizio, e lo riduce alla condizione di erede puro e semplice.

A favore dell'erede sorge spontaneo e potente argomento, che essendo cauto l'interesse dei creditori, egli dev'essere in piena libertà di usare ed anco abusare i beni mobili della eredità sotto qualsivoglia forma considerati; sia perchè egli sarebbe messo proprio in catene, in una condizione insopportabile (1), sia perchè la libertà d'azione sembra conseguitare di ragione dalla malleveria non senza grandi sacrifici da lui prestata.

Nonostante la forza di questi riflessi non si può prendere una decisione così assoluta.

La legge avrebbe potuto facilmente esprimere che, prestando la cauzione, l'erede poteva vendere liberamente gli effetti ereditari; invece si restrinse ad accordargli questo diritto e questa libertà *dopo cinque anni* (articolo 974 del Codice civile). Ma vi è da osservare direttamente, che la cauzione stessa non ricopre e non surroga sufficientemente gli altri diritti dei creditori, e perciò non libera l'erede dal vincolo di altre forme salutari statuite alla vendita dei beni ereditari.

Trattasi di un'amministrazione di cui si deve render conto. L'erede beneficiario, nella sua qualità di amministratore, ha interesse di provare: *a*) ch'egli ha venduto per necessità, o almeno consigliato da una opportunità riconoscibile; *b*) ch'egli ha ricavato un prezzo ragionevole e giusto, il prezzo cioè ch'era possibile, ed esser quindi fuori di ogni responsabilità dal canto suo. È chiaro che l'atto della cauzione nulla influisce sopra una questione di fatto in cui si deve anzi tutto stabilire la responsabilità dell'erede, la entità del rimborso al quale è tenuto verso la eredità. Ma anche qui bisogna intendersi bene. I creditori, non altrimenti che i terzi, non potranno già impugnare le vendite come nulle, *solo avranno diritto di calcolare il valore delle cose vendute in un modo per essi più vantaggioso di quello che è stato riscosso e realizzato dall'erede.* L'erede dirà che quei mobili erano già resi pressochè inservibili; bisognava venderli: nell'inventario figuravano del valore di 60, ma si fu costretti a cederli per 30. Ma queste sono asserzioni; se non avrà praticate le forme prescritte, l'erede non potrà giustificare il suo operato: gli sarà negata la necessità od opportunità allegata; gli si dirà in faccia, ch'egli avrebbe fatto molto miglior affare vendendo nella forma voluta dalla legge, cioè al pubblico incanto.

Ecco in qual senso la cauzione non surroga o rappresenta ogni diritto dei creditori benchè ne guarentisca l'interesse. Però, senza uscire dal tema, posso avvertire che valendosi i creditori della cauzione onde rimborsarsi del prezzo delle alienazioni più o meno regolari fatte dall'erede, *non sarà più per verificarsi la decadenza* minacciata dagli articoli 973, 974 (Codice civile), *olmeno per quelle alienazioni che si sono venute così rimborsando.* Ciò s'intende qualora l'azione della decadenza non sia stata esperita; perchè in tal caso il rimborso equivale alla sanzione dell'operato dell'erede, la cui responsabilità è cancellata dal soddisfacimento. Ma chi addentro guarda si persuade, che questo non è l'effetto della cauzione prestata, ma del fatto dell'accettato rimborso senza opporre la decadenza; stando in fine che la *cauzione è una facoltà dei creditori; una cautela aggiunta;* ma, come tutte le cautele, conferisce alla sicurezza dell'esito senza alterare le condizioni intrinseche del diritto.

5. *Dell'autorizzazione, e delle formalità prescritte alla vendita dei beni mobili.*

L'articolo 875 della procedura, derivato dall'articolo 974 del Codice civile, illumina la sua stessa sorgente e ne spiega il concetto. Dice l'articolo 974: « L'erede decade dal be« nefizio dell'inventario se vende i mobili del« l'eredità *senza l'autorizzazione giudiziale*, o « *senza osservare le forme stabilite dal Codice* « *di procedura civile* ». Dubbio: è questa una alternativa; oppure la particella *o* fa ufficio di congiuntiva come spesso accade nell'ordine del discorso? (2). In altre parole, *basta l'autorizzazione* per vendere in un modo qualunque, o all'autorizzazione deve andar congiunta la vendita per pubblici incanti? Ricordiamo che l'articolo 1028 del Codice albertino aveva usato la particella *e*, onde il senso usciva perfettamente chiaro: la duplice formalità essere necessaria.

Ma l'articolo 875, che abbiamo sott'occhio, ha riprodotto lo stesso precetto, e ne restiamo convinti alla semplice lettura.

È dunque semplicemente l'*autorizzazione di*

(1) Sotto il peso gravissimo della cauzione, sotto la continua minaccia della decadenza, ecc.

(2) Leg. 124, Dig. de verb. signific.; Leg. 43, § *Utrum*, Cod. de reb. dub.; Leg. 53, Dig. de verb. signific.; Leg. penult, Cod. eod.

vendere che s'invoca dal pretore, non quella di vendere in un modo piuttostochè in un altro. Il magistrato non ha scelta. Il modo ordinato dalla legge è quello del capoverso dell'articolo 875, del quale faremo or ora qualche parola.

Il giudice potrebbe anche negare l'autorizzazione? Qual dubbio! Vi sono forse oggetti nella eredità che non si debbono o non si possono vendere per economia, per convenienza, per ragione? Una galleria di quadri non si può e non si deve sempre vendere a capriccio dell'erede beneficiato: non tutti i tempi sono opportuni per farlo. Dite lo stesso di una collezione di manoscritti, di codici e di ogni altra collezione scientifica. Chi permetterebbe la vendita degli istrumenti d'una fabbrica, mentre la fabbrica sussiste e funziona? In quanti altri casi non basta che si venda al miglior prezzo, ma bisogna anche vedere se si deve vendere! Ecco la ragione della duplice condizione che l'erede beneficiario deve provare di avere adempita onde giustificare il fatto suo coi creditori.

Lo stesso giudice non ha facoltà del modo di vendere, come si è detto, se ne togli un solo caso, quello dell'articolo 965 del Codice civile.

Rispetto all'autorizzazione io non ammetto le restrizioni additate da alcuni scrittori (Demisn-Crouzilhac, Thomine, Lepage, *Questions*, pag. 664; Rogron, pag. 1103, ecc.). La podestà del magistrato non è limitata ad accordare la vendita delle cose di facile deperimento, tenendosi stretto al disposto dell'articolo 796 del Codice civile francese. Io ritengo con Pigeau (tom. II, pag. 610) e Paignon (tom. II, pag. 141, numeri 311 e 312) che la facoltà del giudice non sia limitata *a priori* dalla legge che pienamente si affida alla sua saviezza e prudenza.

6. *Della facoltà data all'erede beneficiario di vendere i beni mobili dopo cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario* articolo 974 del Codice civile[1].

Questa determinazione non fu scòrta nel Codice Napoleone, ma apparve di poi nelle leggi civili napoletane (articoli 723, 725). Fu in seguito accettata nel Codice civile albertino (articolo 1028). La facoltà era frenata da una clausola, *purchè si faccia senza frode*.

È un pleonasmo che non si è voluto ripetere, poichè tutto ciò che è fatto con frode è nullo; ma pare si volesse con ciò rammentare all'erede beneficiato ch'egli non cessava dall'essere amministratore e tenuto a render conto del suo operato una volta che gli talentasse di deporre il peso della eredità, divenuto soverchio. E per *frode* poteva anche intendersi un danno grave recato alla eredità da una vendita imprudente.

Da quale motivo fu indotto il legislatore a lasciar libere le mani all'erede dopo cinque anni? Una ragione è stata esposta dall'Arcieri, stimato commentatore del Codice civile del già regno delle Due Sicilie (*Istituzioni di diritto civile*, tom. III, pag. 226). « Il motivo di « questa determinazione è che nel frattempo « (cioè nel cinque anni) può accadere un'alle- « nazione fraudolenta a danno dei creditori e « legatari; ed è quindi prudenza di sottoporlo « all'adempimento della vendita a pubblico in- « canto. *Il termine quinquennale si è riputato « sufficiente, dappoichè è difficile che i cre- « ditori e legatari non ispingessero durante « questo le loro pretensioni* ». Un patrimonio che ha potuto alimentarsi e vivere per cinque anni; l'erede che per cinque anni non ha sentito il bisogno di vendere, sono condizioni notevoli di forza nell'uno, di leale ed onesto portamento nell'altro. La legge modera il suo rigore. Concede *dopo cinque anni* quella facoltà che le leggi romane accordavano in ogni tempo all'erede beneficiato.

7. *Formalità della vendita dei beni mobili.* Veniamo alla procedura.

Articolo 623. — Il giudice *non ordina* la vendita, ma con decreto sulla istanza che ne fa l'erede, lo abilita a vendere, nomina l'officiale che deve regolarla, nomina il perito *per la stima degli oggetti d'oro e d'argento, delle gioie*, ecc. Queste cose non saranno sempre le ultime di cui sarà permessa la vendita. Si deve aver riguardo all'interesse dei creditori, ma si deve avere altresì a quello dell'erede. Cose infruttifere e forse d'ingente valore, gioverà alienarle per impiegarne il profitto nella dimissione di debiti fruttiferi. Se l'erede non ha data cauzione, il giudice potrà vincolare il prezzo; o vincolarlo ad ogni modo, sia per soddisfare i debiti più urgenti, sia per altre erogazioni utili al patrimonio. Quanto alla *stima*, sebbene l'inventario ne porti una, giova pur sempre rinnovarla, abbenchè non sia trascorso molto tempo dalla confezione dell'inventario; revisione che vale insieme alla verità e alla tranquillità dei compratori.

Trovo pure applicabili gli altri articoli (del Capo VI, Libro II, *eccettuati* il 624; il 632, periodo 1°; il 633, in parte (1); l'articolo 638,

(1) *In parte*, perchè non occorre che il pretore ordini il nuovo incanto, ma può rinnovarlo l'erede'.

1° capoverso; l'articolo 640; il 643 e il 644. La redazione del processo verbale (art. 641) subisce le modificazioni che ognuno può intendere. Il prezzo che si ricava dal miglior offerente in un'asta pubblica si reputa sempre il migliore: certo l'erede è al coperto da ogni responsabilità.

8. *Del prezzo ricavato dalla vendita dei beni mobili* (1).

Se il patrimonio fosse fortunatamente purgato dai debiti, nè l'erede avrebbe d'uopo di autorizzazione, nè il prezzo ricadrebbe in altre mani che nelle sue; egli infine sarebbe emancipato da ogni vincolo. Ma noi veniamo misurando i passi dell'erede sullo scabro sentiero della sua perigliosa dipendenza.

Il nostro articolo nell'ultimo capoverso dice: « Il prezzo della vendita in caso di opposizione si distribuisce a norma di legge ». L'articolo 990 del Codice di procedura francese è più aperto nella sua formola: « Le prix « de la vente du mobilier sera distribué par « contribution entre les créanciers opposants, « suivant les formalités indiquées au titre de « la distribution par contribution ».

Che s'intende in questo caso per opposizione?

« Les créanciers, insegnò il Carré, ont plusieurs moyens de former des oppositions conservatrices de leurs droits; elles peuvent « être faites ou aux scellés, s'il y en a d'apposés, ou dans le mains de l'officier public « qui aura faite la vente du mobilier, dans « celles de l'adjudicataire, en mieux encore « entre les mains de l'héritier bénéficiaire lui « même ».

Noi portiamo una piccola riforma a questa saggia istruzione. L'opposizione alla *rimozione dei sigilli* non ci sembra rispondere abbastanza allo scopo presente. Quella opposizione ebbe un altro intendimento; e non potrebbe rappresentare ogni genere d'opposizione che il creditore dovesse fare nelle contingenze avvenire. Quella opposizione potrebbe anch'essere antica; potrebb'essere stata abbandonata; forse quell'opponente non è più creditore. Aggiungo che può altresì praticarsi la opposizione con atto presentato nella cancelleria del pretore, notificato allo stesso erede.

La legge non assegna termini a fare la opposizione. Io non credo abbia a seguirsi il rigore dell'articolo 651, cioè che l'opposizione *debba precedere la vendita*. La opposizione non ha altro scopo che di determinare e circoscrivere le persone dei creditori in confronto dei quali deve farsi la distribuzione del prezzo, e che devono pure giustificare la loro qualità. L'erede non è incaricato dalla legge di andar cercando tutti i creditori chirografari onde soddisfarli in una proporzione geometrica: i creditori devono avere la diligenza di farsi vedere, di presentarsi da sè. A questi creditori altri potranno aggiungersi prima del compimento dello stato di assegnazione, secondo l'articolo 653. Del resto le disposizioni del Capo VIII del Libro II sono perfettamente applicabili.

Supponiamo che non vi sia opposizione. Il pretore potrà rilasciare il prezzo allo stesso erede se ha prestata cauzione; potrà ordinarne l'impiego con vincolo, e provvedere in ogni altro modo prudente e migliore.

Articolo 876.

Per ottenere l'autorizzazione di vendere i beni immobili, l'erede deve chiederla con ricorso al tribunale civile del luogo in cui si aprì la successione, facendone la descrizione.

Il tribunale provvede, sentito il ministero pubblico.

Articolo 877.

Il tribunale col decreto che autorizza la vendita ordina che si faccia sul prezzo che sarà stabilito da uno o tre periti nominati nello stesso decreto, e assegna l'udienza per l'incanto.

---

trattandosi di *asta volontaria*. Deve però rinnovarsi il bando.

(1) Per *beni mobili* dobbiamo intender l'una e l'altra specie, compresa negli articoli 417 e 418 del Codice civile. È osservabile la allocuzione dei precedenti Codici di procedura; ne apprende il proposito che ha avuto la nuova legge, adottando quella di *beni mobili*. *Vente du mobilier et des rentes dépendent de la succession* (Codice francese, art. 989). *Vendita dei mobili* (Cod. sardo del 1854, art. 1031). *Vendita dei mobili o censi o rendite* (Cod. del 1859, articolo 1071).

Si osservano nel resto le disposizioni del capo I, titolo III del libro II, in quanto siano applicabili.

Il prezzo della vendita si distribuisce in conformità del capo II dello stesso titolo.

Annotazioni.

1. *Considerazioni sulla competenza.*

a) *Se l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione sia competente in ogni tempo per l'esercizio di quest'azione.*

Il dubbio nasce da che noi vediamo apertamente dall'articolo 94, che la mentovata autorità giudiziaria è investita di una giurisdizione temporanea; e dentro un certo termine, o al compimento di certi fatti che danno alla successione un assetto stabile e definitivo, si reputa esaurito l'ufficio suo. In effetto le disposizioni degli articoli 875 e 879 aggiungono a quella normale dell'articolo 94, che si trova non comprendere ogni caso, e quello di cui qui si tratta non vi è certamente compreso. Ma la giurisdizione creata dai citati due articoli non può esser ristretta a termine, e perchè la legge non distingue, e perchè regna una ragione permanente a mantenerla sino al fine dell'amministrazione dell'erede beneficiario. Veramente la eredità beneficiaria non è che un'amministrazione perdurante e continuata; e persistono quelle cause per le quali si trovò convenire al governo delle cose ereditarie il giudice dell'aperta successione.

b) *Se a questa legge siano tenuti i creditori che procedono in forza delle loro azioni sui beni ereditari.*

Benchè non possa negarsi a questa competenza un criterio logico, gl'inconvenienti ci sono e si sentono. Si ricorre al giudice dell'aperta successione perchè si crede il più atto, il più istrutto, essendo circondato del maggior numero degli elementi della cognizione. Ma se questo giudice è di Novara, e gli oggetti da vendersi sono a Potenza, a Brindisi e via discorrendo, io credo che si darebbe volentieri la preferenza al giudice locale.

Parliamo degli immobili.

Che il tribunale che concede l'autorizzazione sia altresì il tribunale che presiede alla operazione della vendita, le combinate disposizioni degli articoli 876 e 877 lo attestano. Ciò equivale al dire che il processo di vendita si eseguisce nel territorio in cui quel tribunale esercita la sua autorità, poichè non potrebbe esercitarla altrove.

Chi ci ha seguiti nello studio accurato della procedura, si è abbattuto altre volte in dissonanze e difficoltà non dissimili in fatto di vendita più o meno forzosa degli stabili, che non è ancora un problema perfettamente sciolto. In effetto gli stabili possono giacere a grandi distanze dal luogo, e quindi, dal tribunale dell'aperta successione. È il massimo degli inconvenienti, bisogna pur dirlo, che degli stabili posti nella Lombardia debbano vendersi sotto la direzione di un tribunale sedente a Catania, e che dovrebbe ripiegare a furia di delegazioni.

Per quanto riguarda l'erede beneficiario può per altro osservarsi che il magistrato è in certo modo investito di una doppia missione: di quella ordinaria di regolare e risolvere le questioni della vendita; e di una speciale e tutelare nell'interesse della eredità. È quivi difatti la radice della sua competenza. L'erede beneficiario rinviato alle forme generali delle vendite forzose degl'immobili, per quanto applicabili, è avvinto a questa competenza inalterabilmente.

Ma non può dirsi altrettanto dei creditori che agiscono contro i beni per conto proprio, coi titoli e le azioni di cui sono in possesso. La contrarietà delle posizioni, la diversità degli scopi, è di tutta evidenza. L'erede beneficiario vende per conservare, vende in qualità di amministratore, o per far rifiorire il patrimonio purgandolo dalle cause che lo affliggono, o semplicemente per soddisfare a un atto di giustizia, il pagamento dei creditori. In ogni modo l'erede, finchè agisce in tale qualità, non apprende il patrimonio come pegno di un credito proprio, nel che consiste l'azione del creditore; non vende insomma forzatamente i beni altrui, ma i beni stessi da lui amministrati. Il creditore, ipotecario o non ipotecario che sia, purchè fornito di titolo esecutorio, non sottostà alle restrizioni, come non gode i vantaggi della procedura statuita in questo capitolo all'erede beneficiario (Bilbard, *Traité du bénéfice d'inventaire*, pag. 133; Persil fils, *Commentaire*, num. 655; corte di Nimes, 28 dicembre 1825; *Journal Avoués*, tom. XXXII, pag. 170; cassazione franc., 3 dicembre 1834, ivi, tom. I, pag. 115). Il creditore promoove le sue azioni contro l'erede beneficiario quale rappresentante della eredità, ma avanti i tribunali ordinati dalla regola generale di competenza.

b) Della istanza di divisione contro l'erede beneficiario.

Il principio che distingne *gli atti dell'erede beneficiario quale amministratore del patrimonio, e le azioni che si esercitano dai terzi contro il patrimonio* è fecondo di coosegguenze: ci basti notarne una sola.

Se la divisione è domandata da un coerede non beneficiato, coutro un coerede beneficiato, non vi può essere la menoma difficoltà, io credo, per ritenere la osservanza della competenza ordinaria (Chauveau in Carré, questione 2509 sept.). Se non che per l'art. 94, num. 1, noi restiamo ancora affissi alla competenza del tribunale dell'aperta successione. Però la citazione, il modo di procedere, il rito, sono al tutto quelli regolati dalla legge comune. Ma se la divisione deve effettuarsi fra coeredi ugualmente beneficiari, sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale (se trattasi d'immobili; del pretore, se di soli mobili), seguendo del resto le norme che saremo a spiegare nel capo seguente.

2. *Formalità della vendita* (all'articolo 877).

Il tribunale accorda il permesso di vendita; base di proposta il prezzo che sarà stabilito da uno o tre periti; fissata l'udienza per l'incanto.

Da queste operazioni preliminari siamo a dirittura portati dentro l'articolo 667, cioè alla pubblicazione del bando venale.

Il *giorno dell'incanto* è statuito dal tribunale nel decreto di autorizzazione; decreto che dovrà esser mentovato nel bando.

È stata suggerita da pratici egregi una cautela di cui faccio parte ai miei cortesi lettori, ed è, che giova dichiarare nel bando che il prezzo sarà distribuito ai creditori e l'avanzo sarà consegnato allo stesso erede (Thomine, pag. 360; Chauveau, quest. 2610). Ogni cautela è buona; uon però è meno necessario enunciare ciò che è il portato della legge.

Dovrà la vendita essere autorizzata per sentenza del tribunale colla forma dell'art. 666?

Francamente si risponde di no; la vendita mantiene sempre il suo carattere di volontaria; è circondata di forme, ma con intento simile a quello della vendita dei beoi dei minori, non mira che a rendere più lucrosa la vendita, mentre il beneficiario adempie nello stesso tempo ad una obbligazione che lo difende da gravi responsabilità. Adunque sentenza formale di vendita non interviene.

Ma se non ha luogo questo atto grande e solenne della procedura esecutiva, d'uopo è pure provvedere ai bisogni della graduazione indicati ai numeri 4 e 5 dell'articolo 666. D'uopo è che la ragione aggiunga a quello che la legge non ha dichiarato, e ponga in armonia due sistemi che mettono in comune non pochi dei loro postulati, che partecipano anche nel fine, e nonostante differenziano fra loro notabilmente.

Il processo di graduazione si apre colla notificazione del bando, dal qual punto i creditori sono giovati da un termine di trenta giorni *a fare le loro domande di collocazione ed esibire i documenti giustificativi* (detto art. 666, num. 5). Il tribunale può, io credo, dichiarare tutto questo nella sua ordinanza con cui autorizza la vendita. Ma lo faccia o no, l'atto di notifica del bando porterà la relativa avvertenza ai creditori iscritti ai quali deve essere notificato (articolo 668). Il privato non fa con questo un atto di giurisdizione e non coercisce l'altrui libertà imponendo un precetto, ma obbedisce alla legge che vuole conforme, fin dov'è possibile, questa procedura a quella delle vendite forzose.

Il fondamento sommo della vendita è il bando che racchiude tutte le obbligazioni del venditore, la cui accettazione forma il contratto. È facile intendere quali nozioni nel bando, descritto com'è nell'art. 667, dovranno intralasciarsi e quali aggiungersi, e come gli ordinamenti prescritti dal 667 al 672 debbano esser tenuti in osservanza. Faccio sosta all'articolo 673, e osservo come sia permesso al-l'*erede beneficiario* proporre all'asta, mentre è proibito al *debitore*. Io stimo che l'erede beneficiario sia qui considerato come debitore coatto, e non come un vendente volontario; ma in tale qualità, o spiegando qualità di amministratore del patrimonio, non gli sarebbe lecito, secondo la mia opinione, offrire all'asta.

Un'altra legge che richiama la nostra attenzione è l'articolo 675, al capoverso 1°. In questo testo si dice che, non essendovi offerte, il tribunale *può ribassare il prezzo di un decimo e così successivamente, finchè non si abbiano offerenti.*

Parmi di avere già avvertito, parlando della *vendita dei beni dei minori*, che il tribunale non ha questa facoltà di ribassare il prezzo. Io che porto questa medesima opinione per la vendita volontaria che si fa dall'erede beneficiato, mi trovo confortato da quella tanto autorevole del Chauveau. Egli espone il suo concetto con queste parole chiarissime: « Le « juge ne peut, sans le consentement des par- « ties poursuivant la vente, *adjuger les immeu- « bles à un prix inférieur à l'estimation.* S'il « en était autrement, l'estimation des immen-

« bles serait absolument inutile. Elle est au « contraire ordonnée pour prévenir une adju« dication à vil prix qui pourrait avoir lieu « par collusion d'un compartagean, *et surtout « d'un héritier bénéficiaire* » (all'articolo 988, questione 2512). Ed è verissimo; tutto questo apparecchio è messo in moto, perchè mai? perchè non si venda a vil prezzo, come dice l'illustre maestro. Alla offerta del prezzo è surrogata inevitabilmente la stima, atteso non potersi l'erede beneficiato costringere a ricevere i fondi in aggiudicazione; e ove potesse farlo (nel che io non convengo), dovrebbe versare il prezzo, come ogni altro acquirente, ai creditori della eredità.

Terminando questo riscontro fra i due sistemi, dirò che tutta la serie delle disposizioni collocate nel § 2, sezione I, capo I, titolo III, è con poche variazioni applicabile, toltane quella dell'articolo 688. L'*immobilizzazione dei frutti* non si effettua se non nelle vendite forzate, che si fanno in virtù di un titolo esecutivo, e cominciano da un precetto. Invece per l'erede beneficiario le rendite dei fondi sono attività a cui altre passività sogliono corrispondere, e delle quali egli dovrà in fine render conto.

Le disposizioni del successivo § 3 sono forse applicabili?

È cosa evidente che l'erede, promotore della vendita, può prevalersi dei diritti che accorda l'articolo 689. Ma uguale diritto avranno i creditori? Ciò rimane assai dubbio. Inclino a ritenere che l'azione della rivendita ad essi non appartenga. Qui non si tratta *di vendere e di dover vendere ad ogni costo*. Non potrebbe l'erede, poniamo pure con ulteriore autorizzazione del tribunale, accordarsi col compratore, consentire, per esempio, una cauzione ipotecaria, e permettergli una dilazione?

Che dovrà dirsi intorno alle disposizioni del § 4?

Ammetto senza la menoma esitanza l'applicazione degli articoli 699 e 700, mentre i terzi potranno benissimo sorgere a domandare la separazione di quelle parti dei beni che stimano ad essi e non alla eredità appartenere. L'interesse, come ognun vede, in tal caso è meno dell'erede beneficiato, che degli stessi creditori. Intorno ad emergenti di questa ragione possono quindi aprirsi vere contestazioni giudiziali che senza difficoltà potranno chiamarsi incidenti del processo di vendita. Ma è pur anco manifesto, che non essendo questo un processo di *espropriazione* (che importa lo spogliamento forzato di un proprietario), ma l'abdicazione volontaria della proprietà, le *azioni di nullità* non possono nascere che dopo la vendita, come si osservò altrove parlando della vendita volontaria dei beni dei minori. La responsabilità rimane tutta e interamente allo stesso erede.

A questo proposito insegna Duranton: « Mais « ce qu'il fait bien remarquer c'est que la « vente qui sarait faite sans l'emploi de cettes « formalités *de gré à gré, ne serait pas nulle « quoique les créanciers et les légataires en de« mandassent la nullité* » (tit. de success., vol. IV, edizione di Bruxelles, num. 28) (1). Sentenza verissima; la pena è dell'erede che decade dal beneficio.

3. *Pagamento e distribuzione del prezzo.*

Il testo è chiaro, il concorso e la graduazione dei creditori si effettua come nei giudizi di spropriazione. Ciò si collega eziandio al precetto dell'articolo 976 del Codice civile. In fatto di creditori non si potrebbe fare altrimenti che a rischio e pericolo dello stesso erede.

Giova qui ricordare la rilevantissima differenza che possa fra la distribuzione del prezzo dei beni mobili e degli stabili. I creditori nel primo caso sono pagati *in quanto hanno fatto opposizione*, ossia in quanto si sono fatti riconoscere, come si disse a suo luogo. Ai creditori ipotecari *vale come opposizione la loro stessa ipoteca*.

Nelle vendite giudiziarie e forzose, il creditore ipotecario che non ha presentato i suoi titoli in tempo debito, arrischia di perdere il diritto e vedersi respinto nel concorso dall'onda dei creditori sopravvenienti. Ma in ordine alla vendita volontaria, la cosa non va precisamente così. L'alienante deve curare egli stesso di pagare regolarmente; l'alienatario a cui sommamente preme la soddisfazione di tutti gli ipotecari, ha pure il diritto di regolare la operazione. Quantunque sia stato, e non male, osservato dai pratici, che non vi ha un vero bisogno dell'intervento autorevole del giudice, potendosi il prezzo distribuire d'accordo e convenzionalmente, que-

(1) L'autore crede che non avrà luogo l'aumento del quarto (ora del sesto), contro l'avviso di Toullier; ma piuttosto del decimo, come avviene nel processo di purgazione volontaria. Non può ammettersi da noi quest'idea del Duranton, che sarebbe in opposizione col volere del nostro articolo 877, primo capoverso.

gli stessi però avvisano quanto alla sicurezza dell'erede importi la sanzione dell'antorità giudiziaria, ancorchè una vera contestazione non sia nata, solo che lo stato delle iscrizioni sia alquanto complicato, o non concorra il consenso di tutti (Carré, Delvincourt, *Cours de droit civil*, tom. II, pag. 303; Chabot, ecc.).

Articolo 878.

Quando l'erede sia un minore, o altra persona, o corpo morale, che non possa accettar l'eredità se non col benefizio d'inventario, la vendita non può autorizzarsi se non colle forme stabilite per l'alienazione dei beni di queste persone.

Articolo 879.

L'istanza di qualunque tra i creditori o altri aventi interesse, affinchè l'erede con benefizio d'inventario dia le cautele stabilite dal Codice civile, è proposta con citazione in via sommaria davanti l'autorità giudiziaria competente a norma degli articoli 883 e 884.

Se davanti la stessa autorità sia già vertente giudizio tra le parti, la domanda è proposta nella forma stabilita per gli incidenti.

Le stesse norme si applicano all'istanza proposta contro l'erede con benefizio d'inventario, per il rendimento dei conti.

Annotazioni.

1. Nel commento all'articolo 875, num, 4, si è parlato incidentalmente del diritto della cauzione concesso ai *creditori ed aventi interesse* dall'art. 973 del Codice civile (1). Non spetta a noi che trattiamo della procedura esaminare quanto concerne quel diritto e le sue conseguenze; nondimeno nel luogo indicato abbiamo dovuto portarvi qualche osservazione non priva d'importanza. L'art. 879 determina: 1° la competenza; 2° il metodo di procedere comune al giudizio di *rendimento del conto*. Il giudizio della cauzione può essere principale o incidente. Tuttavia non è facile concepire la questione incidente, come sembra a prima vista. Facciamo due ipotesi. È l'erede che promuove le azioni creditorie dell'eredità contro i suoi debitori? I debitori non potranno riconvenirlo per la cauzione, perchè ai debitori non compete il diritto. O l'erede è convenuto da qualche creditore dell'eredità?

Questo creditore che ha di già un titolo esecutorio e insiste pel pagamento, non si perderà a domandare una cauzione; egli vuol esser pagato subito. Nel primo caso, e non nel secondo, potranno domandare intervento in causa i creditori all'oggetto della cauzione, se pure non trovano meglio il loro conto nel lasciar fare, per acquistare una eccezione di decadenza contro lo stesso erede. Tuttavia la legge ha un'attitudine così generale, che la possibilità di altre questioni, fra le quali possa introdursi un incidente di cauzione, non può essere esclusa.

2. La questione della competenza desidera qualche schiarimento.

Il nostro articolo 879 si richiama ai seguenti 883 e 84, relativi ai giudizi di divisione fra i coeredi. L'autorità giudiziaria alla quale si porterà la domanda, è *quella* adunque della *aperta successione*, essendochè innanzi a quella il giudizio di divisione deve farsi (articolo 94, num. 1). Ciò per quanto riguarda la via d'azione.

L'incidente della cauzione può sollevarsi se la questione principale si agita *fra le stesse*

(1) Gli aventi interesse, dice con ragione Pigeau (*Comment.*, tom. II, pag. 702), saranno i *legatari* che, avendo diritto dopo i creditori a partecipare del valore dei beni mobili, hanno evidentemente interesse. L'illustre autore, a cui s'accorda il Chauveau, ritiene che la stessa azione non sia permessa ai *coeredi beneficiari* mentre non vi ha fra essi solidarietà. La proposizione mi sembra troppo assoluta. Dipenderà dalle speciali circostanze. Se, faccio un sol caso, nella divisione la maggior parte dei mobili fosse stata assegnata all'erede *A.*, non sarebbe senza responsabilità la posizione dei coe. *B.* e *C.* verso la eredità. Essi potrebbero a loro volta essere costretti alla cauzione, senza riguardo alla divisione che si è fatta.

parti. Dobbiamo intendere *fra i creditori e aventi interesse da un lato, e l'erede dall'altro,* laddove, per esempio, se la questione principale vertisse fra gli eredi sulla intelligenza, supponiamo, di una particola testamentaria, e sulla loro rispettiva compartecipazione nella eredità, ecc., non potrebbero i creditori cacciarvisi dentro per domandare incongruamente una cauzione.

Considerazione che si amplia coll'avvertire, che la determinazione del nostro articolo ha il suo limite nella natura stessa dei giudizi: *nella correlazione che un giudizio incidente deve sempre avere col giudizio principale,* onde la istanza possa essere ammessa sotto quella forma; e non debba piuttosto rinviarsi alla sede competente ove pure presenti per se stessa il carattere di azione principale.

Questo è il limite della ragione giudiziaria generale; una speciale pone il nostro articolo, ed assai giusta. Il magistrato che può applicare la cauzione in via incidente, *è quello stesso che è competente ad applicarla in via d'azione.* Non può essere un altro. Si possono bene immaginare giudizi aperti fra l'erede e i creditori, fra l'erede e i debitori dell'eredità, avanti a magistrati diversi da quelli della successione. Se un creditore cita l'erede per il pagamento di una cambiale avanti il tribunale di commercio, non sarà certamente il tribunale di commercio che potrà incidentalmente ammettere una cauzione ereditaria.

Si conclude pertanto che la disposizione del nostro articolo regola la forma del giudizio senza variare il principio della competenza.

3. L'adozione del rito sommario nel *rendimento dei conti* modifica il regolamento stabilito per questi giudizi, che è il processo ordinario o formale (sezione V, capo I, titolo IV, libro I).

Del resto avranno applicazione le norme indicate nella sezione VI.

Articolo 880.

Le azioni che l'erede con benefizio d'inventario promova contro l'eredità sono dirette contro gli altri eredi. Se non vi siano altri eredi, o se tutti promuovano la stessa azione, l'autorità giudiziaria nomina un curatore che rappresenti l'eredità.

Annotazioni.

1. Conservando l'erede beneficiario distinte le sue azioni da quelle della eredità, può non solo esercitarle contro altri debitori, ma eziandio contro l'eredità stessa (1). Gli altri eredi hanno qualità per rappresentarla in questa lotta col coerede che riveste una diversa persona, nella stessa guisa che l'erede beneficiario sostiene ogni lite attiva e passiva in nome dell'eredità. La circostanza di avere per avversario un coerede non cangia la loro posizione, non altera la loro rappresentanza. Il modo stesso della difesa, e perfino la opportunità e giustizia della lite potranno formare capitoli di censura nel rendiconto: ma non parliamo di ciò: la legge calcola l'interesse che hanno i coeredi nella difesa, e vi trova il contrappeso al pericolo delle collusioni.

2. *Il curatore rappresenta l'interesse dei creditori. Se facciasi luogo ad opposizione di terzo per parte loro o ad intervento.*

La questione della *opposizione di terzo* è stata fatta, e si addusse anche qualche motivo per sostenerla. Non si era tranquilli sulla energia e sul completo interessamento del curatore (*Annales du notariat; Commentaire du Code de procédure,* tom. VI, pag. 278). Che il curatore rappresenti nella persona morale dell'eredità i creditori che vi hanno interesse, è generalmente ammesso e fuori di dubbio. Dopo ciò la opposizione di terzo, nel modo con cui noi la intendiamo (2), è cosa assurda. In questo senso Paignon, tom. II, num. 345; Chauveau, quest. 2528). Può solo parlarsi del *diritto d'intervento.*

Ma se il curatore rappresenta anche i creditori, *essi dunque sarebbero già in causa* (3), e quindi non avrebbero mestieri d'intervenire in un giudizio che li riguarda direttamente, e in cui sono la persona principale. Mi giova tuttavia dichiarare, che se qualcuno dei creditori avesse azioni a promuovere sue particolari, o eccezioni da opporre, potrebbe fare istanze personali; poichè la rappresentanza del curatore è generale, e di carattere meramente suppletivo.

(1) Per esempio, un'azione di rivendicazione.
(2) Vedi le nostre considerazioni sull'art. 510.
(3) Non sarebbero i *terzi* che intervengono nell'altrui giudizio.

Articolo 881.

Compiuto l'inventario, e decorsi giorni trenta dalla trascrizione e inserzione prescritta dall'articolo 955 del Codice civile, l'erede può fare transazioni. Queste non hanno effetto senza l'approvazione del pretore se l'oggetto della transazione non ecceda il valore di lire millecinquecento, o del tribunale civile, sentito il ministero pubblico, se ecceda il detto valore.

L'autorità giudiziaria, prima di approvare la transazione, può richiedere il parere di uno o più giureconsulti da essa nominati, e ordinare le altre cautele che creda convenienti.

Annotazioni.

1. È una disposizione sfuggita alla redazione del Codice civile, come facilmente si vede. Dimenticata anche dal Codice Napoleone, suppli la dottrina colla scorta della giurisprudenza. « On a décidé, disse Duranton, que l'héritier bénéficiaire qui passe un « compromis, sur des contestations relatives à « la succession, *renonce par là au bénéfice d'inventaire, et devient héritier pur et simple*; « et qu'il ne peut demander la nullité de compromis vis-à-vis de l'autre partie sous prétexte qui, l'ayant passé, ce compromis, sans « y prendre la qualité d'héritier, il avait « excédé les bornes du droit d'administration « conféré à un héritier bénéficiaire » (vol. IV, num. 55). Si sapeva insomma che l'erede beneficiario non poteva transigere: che la transazione, il compromesso, quali atti autonomi, bastavano a privarlo del benefizio: qualche rimedio però ci doveva essere perchè ad ogni imperfezione involontaria il giudice soccorre.

Prima d'ora il tribunale aveva solo la facoltà di approvare le transazioni (art. 1079 della procedura sarda del 1859). Dividendo questa facoltà in proporzione di valore al pretore e al tribunale, si è fatta giusta ragione dell'importanza dell'affare e della guarentigia che vi si richiede.

Niun dubbio che nella transazione s'inchiude il compromesso, e sta in relazione coll'articolo 9 della procedura.

2. *Se queste regole di competenza non fossero osservate, quali ne sarebbero le giuridiche conseguenze?*

Ecco una questione che si direbbe elegante e nuova, secondo a me pare.

Noi siamo già istrutti che l'erede beneficiario (che supponiamo sempre maggiore di età e *sui juris*) ha la pienezza della sua capacità, ed i suoi atti sono perfettamente validi di fronte ai terzi. Soltanto egli, operando di suo moto e liberamente, mette in pericolo la propria situazione di erede beneficiato, e arrischia di passare nella categoria degli eredi puri e semplici.

Non devesi adunque considerare la questione nel rapporto della validità degli atti di transazione o compromesso, ossia nell'*oggetto*, ma nel *soggetto*, in quanto l'erede si pregiudichi, non riportando l'approvazione dal magistrato competente.

La segregazione che oggidì si è introdotta fra i poteri del magistrato in ordine alla somma, dev'essa riguardarsi piuttosto di metodo, convenienza, o comodo che voglia dirsi, o costituisce quella base organica della giurisdizione, fuor della quale il magistrato manca di podestà e pecca, come suol dirsi, di eccesso di potere?

Ponendo mente al *carattere amministrativo* della funzione che in questo caso esercita l'autorità giudiziaria, noi sentiamo che la confusione che fosse per nascere nell'esercizio dei diversi attributi che le sono conferiti, non potrebbe giudicarsi colle norme rigorose del Codice di procedura civile. E ciò principalmente perchè l'errore del giudice non partorisce acquisto di diritti a taluno dei contendenti; ma sta ristretto dentro la sua sfera, cioè di disordine amministrativo. Chi mai potrebbe opporre nullità della transazione o del compromesso per la ragione che il pretore lo autorizzò, benchè il suo importare economico superasse lire 1500, o il tribunale, benchè di somma inferiore? Non i terzi che avrebbero contrattato validamente; non lo stesso erede, poichè sarebbe quello un fatto suo.

Resta dunque osservare la questione dal lato dello stesso erede o, come si è detto, *soggettivamente*.

Che male verrà all'erede se esso ha riportata l'*approvazione* piuttosto dal tribunale che dal pretore per un valsente minore di L. 1500? Affatto niuno. Il tribunale che aveva la facoltà del più, ha quella del meno; e non si può dir altro fuorchè l'erede ha procacciata

alla sua convenzione una garanzia abbondante ed nitronea.

Il dubbio più presto potrebbe apparire nel caso inverso: se il pretore avesse autorizzata una transazione di un valsente superiore a L. 1500. Nondimeno, *siccome l'unica conseguenza a dedursi sarebbe la decadenza dell'erede dal beneficio dell'inventario*, chi mai avrebbe il coraggio di sostenerla? Forse ha voluto fare atto di padrone, affermare la propria autonomia, e tutto questo in dispregio della legge? Egli ha presentato al giudice l'atto che doveva eseguire; il giudice lo ha approvato. Rispetto all'erede è *questione di buona fede* (1); per certo il moderno legislatore non ha voluto creare nuovi imbarazzi colla divisione delle competenze, e quel che è più, non ha voluto ad un articolo del Codice di procedura affidare la missione di rovesciare i principii consacrati insieme dalla scienza e dal Codice civile.

Queste parole ho dovuto pronunciare perchè non lieve impressione ingerisce quel dire del testo: *Queste* (le transazioni) NON HANNO EFFETTO *senza l'approvazione*, ecc. Ma che? I terzi saranno tenuti a investigare se l'erede, sia semplice o misto, beneficiario o no, in qual regola si trovi coi creditori del patrimonio; se egli possa o non possa rinunciare al benefizio gerendo come erede puro e semplice? Non dico pertanto che la disposizione sia inutile e oziosa, e ritengo che la parte a cui interessa o l'erede o il creditore transigente, potrà, a sua propria cautela, sottoporre l'atto all'approvazione del giudice indicato da questo articolo.

CAPO IV.

DELLE DIVISIONI.

Articolo 882.

L'istanza per la divisione giudiziale si propone in contraddittorio dei coeredi e dei creditori opponenti.

Articolo 883.

Quando il valore dell'eredità non ecceda lire millecinquecento, l'istanza si propone davanti il pretore.

Se si debba procedere alla vendita di immobili che non possano dividersi comodamente, il pretore rimette le parti davanti il tribunale civile a udienza fissa per le operazioni relative alla vendita.

Articolo 884.

Quando il valore dell'eredità ecceda lire millecinquecento, l'istanza per la divisione si propone davanti il tribunale civile in via sommaria.

Il tribunale può in ogni caso delegare un giudice per le operazioni relative alla divisione.

Annotazioni.

1. La divisione giudiziale ha luogo: 1° Quando i pareri non si accordano (art. 986 del Codice civile); 2° Quando i mobili dividendi sono colpiti da sequestro, o alla vendita convenzionale si opponessero ragionevolmente i creditori (articolo 987, ivi); 3° Se gl'immobili non

(1) Corte di Genova, 7 giugno 1855 (Bettini, II, pag. 467; Corte di Genova, 14 febbraio 1850 (*Gazzetta dei Tribunali*, anno 1851, pag. 503).

possano comodamente dividersi (articolo 988, ivi). I creditori hanno facoltà di opporsi alla vendita dei mobili e non degl'immobili, perchè solo nel primo caso possono temer pregiudizio.

2. I trascritti tre articoli governano la competenza e sono l'applicazione di una delle regole fondamentali consegnate nell'articolo 94.

3. *Il valore della eredità.* Anzichè misurare la competenza dal valore degli oggetti da dividersi (pertinenti al compendio ereditario) la legge ferma la sua base nel complessivo importare della eredità; e giustamente, perchè il concetto della unità è inseparabile dall'ente giuridico, perchè l'atto della divisione può suscitare investigazioni di diritti tali da estendersi sopra ogni punto della successione.

Tanto è vero che le massime adottate nella divisione principale hanno una efficacia regolatrice sulle divisioni subalterne e successive di oggetti rimasti indivisi, che la dottrina ha con ragione stabilito, la cognizione di siffatte divisioni, come a dire addizionali, non recarsi più *al magistrato del luogo dell'aperta successione* che ha finito il suo còmpito. Il magistrato locale, quello voglio dire nel cui distretto si troveranno i residui ereditari da dividersi, è il giudice competente, secondo il valore del l'attuale dividendo (Carré, all'art. 967 del Codice di procedura civile; Rogron, p. 1091; Chauveau, quest. 2504; Thomine, tom. II, p. 606; cassazione francese, 11 maggio 1807, *Journ. Av.*, tom. XXII, pag. 30).

4. Non è agevol cosa determinare il valsente ereditario non avendosi inventario, od anche esistendo inventario, che non è già il recipiente obbligato di tutti i valori della eredità. Del resto il dettato legislativo scorre leggiero su questo punto, e non porge alcuna norma per istituire un calcolo. S'introducono ora per la prima volta le distinzioni di competenza per valore in un atto di divisione; il Codice civile francese ne incarica sempre il tribunale, e tale giurisdizione unica professava anche l'ultimo Codice sardo (articolo 1080). La pratica proverà che questo frazionare la competenza non torna a vantaggio; semina questioni, difficoltà; pericoli eziandio di annullamento dopo le divisioni. Ad ogni modo se il complessivo valore della sostanza non è ben noto, e non può facilmente dimostrarsi: consiglio della prudenza egli è di adire la giurisdione del tribunale.

5. Che non debbasi fare molta forza, per così esprimermi, sulla competenza pretoriale, valga anche il disposto del capoverso dell'articolo 883. Già ivi si suppongono *immobili di sì tenue valore* che aggiunti ai mobili, crediti, ecc., non superino in complesso il valore di L. 1500. Nondimeno il pretore al semplice ostacolo di un fondo che *non può comodamente dividersi*, rimette le parti al tribunale. Ma i condividendi che sentono meglio degli altri la difficoltà, potranno per questo solo adire il tribunale, senza venire aspettando il rinvio del giudice, a perdita di tempo e di spese.

5. *De creditori opponenti che devono citarsi* (articolo 882).

Era scritto nel Codice civile albertino un articolo che diceva così: « I creditori di un « condividente, per impedire che la divisione « sia fatta in frode dei loro diritti, possono « opporsi affinchè non vi si proceda se non col « loro intervento, e possono intervenire a loro « spese; ma non possono impugnare una di- « visione consumata, eccettuato il caso in cui « si fosse eseguita senza di essi, ed in pregiu- « dizio di una opposizione che avessero fatto » (articolo 1066). E in questo era maggiore severità, e se mi permettete, vorrei chiamarla intemperanza, che mai fosse stata per lo addietro; lo stesso Codice Napoleone, disponendo *delle divisioni*, attribuisce ai creditori il diritto *di chiedere l'apposizione dei sigilli, di opporsi alla loro rimozione* (articolo 820, 821), e non va più in là. Creditori *tementi la frode*, che per questo solo timore possono opporsi *in genere* alla divisione; creditori che possono render nulla una divisione già consumata *perchè non si ebbe riguardo ad una loro opposizione*, senz'obbligo per altro di provare che l'opposizione era fondata, e che realmente in danno loro si è tessuta una frode, sono esorbitanze fortunatamente non riprodotte nel Codice italiano.

Ora ci rimane, ed è sufficiente, l'art. 987 (Codice civile): « Ciascuno dei coeredi può « chiedere in natura la sua parte dei beni mo- « bili ed immobili della eredità. Nondimeno *se « vi fossero creditori che avessero sequestrati « i mobili* o *che vi si opponessero*, e se il mag- « gior numero dei coeredi ne giudicasse ne- « cessaria la vendita per il pagamento dei de- « biti e dei pesi ereditari, i mobili saranno « venduti ai pubblici incanti ».

Secondo questo testo l'opposizione concerne puramente *i mobili*. Il sequestrante è, come ognun vede, in pienissimo diritto di opporsi ad una divisione della quale debbe far parte quel pegno quesito ai creditori. Se non che l'articolo 987 contiene quest'altra frase; *o che vi si opponessero*. Parmi potersene inferire due specie d'opposizione. *Il sequestro vale per se stesso*

opposizione; creditori non oppignoranti *possono invece fare opposizione.* Ma la opposizione riguarderà *la divisione* in genere, o *solo il modo della divisione?* Ecco un'altra ricerca che emana dalle viscere del testo.

Il creditore seqnestrante non vnole la divisione, e ciò a boon diritto. Difatti Il testo si presta docile a qnesta idea, e conclude *olla vendita per pubblici incanti* onde pagare i debiti. I creditori oppooenti e non sequestranti, non avranno il diritto, generalmente parlando, d'impedire la divisione non possedendo, a così dire, *un pegno specifico.* Ma gioverà ad essi di assistere alla divisione per tntela del loro interesse. E qnesti sono *i creditori opponenti* che devono citarsi, giusta il precetto dell'articolo 882.

Non parlerò *del modo dell'opposizione* che può hen essere molteplice, e se ne diedero cenni altrovo in casi simili; solo dirò *delle condizioni* che, secondo me, danno diritto all'opposizione. L'una è che *si tratti di cose mobili.* La divisione dell'immobile, qualunque sia, non pregiudica ai creditori se vantano sopra essi diritti reali; e per lo esercizio di futuri diritti non si può impedire la vendita degli immobili, molto meno si può fare intralcio ad una divisione. I mobili all'incontro, per la natura loro, sfuggono di leggieri, e si prestano meglio alle frodi. Ma intendiamoci, e *questa è la seconda condizione,* qualunque capricciosa opposizione, oon motivata che da vani timori, non deve bastare. È d'uopo che il patrimonio versi in istato di pericolo urgente, ovvero che l'opponente, eziandio non sequestrante, professi diritti reali su parte dei mobili; che vi abbia insomma una ragione particolare e degna di esser presa in considerazione dal magistrato. La nuova legge, più favorevole al diritto di proprietà, in questa guisa lo concilia col legittimo interesso dei creditori.

Articolo 885.

Nel caso di appello, la causa deve sempre essere rimandata per le operazioni ulteriori della divisione davanti l'autorità giudiziaria di prima istanza.

Annotazioni.

Il disposto dell'articolo 492 riceve qui uoa parziale modificazione.

Se il magistrato d'appello non giudica definitivamente la causa, restando altre questioni a dibattersi, la causa si rimette sempre all'autorità di primo grado, onde le parti non siano private del benefizio dei due gradi di giurisdizione.

Una sentenza definitiva può essere riformata in appello in guisa che *altri atti d'istruzione* si credano necessari alla completa definizione del giudizio, e siano ordinati. Il magistrato d'appello è in facoltà di *ritenere la causa* o *rinviarla ai primi giudici.* Tal è il letterale ordinamento dell'articolo 492.

L'articolo 885 ne modifica l'ultima parte.

La decisione di appello può coocepirsi di tre maniere.

Pendente il corso della divisione è sorta una controversia recata in appello. Restando a compiere altre operazioni, è naturale che queste siano proseguite avanti il primo giudice. Non era d'uopo di un articolo speciale.

Finite le operazioni della divisione, viene io disputa la loro regolarità e sussistenza giuridica; la sentenza d'appello, confermando quella di prima istanza, tutto approva e sancisce. Non vi è più reliquia da rimettersi all'esame dei primi giudici.

Ma si verifica invece il caso prevednto nell'ultima parte dell'art. 492. Ebbene il nostro articolo 885, derogandovi, toglie al magistrato d'appello la facoltà in quello accordata, per la speciale indole dei giudizi di divisione. Un esempio. Formate già ed assegnate le quote del dividendo (articoli 891, 892), si solleva questione sulla giustizia di questo riparto: il tribunale dichiara le assegnazioni valide e regolari. L'appello riforma; ordina il rinnovamento della perizia su nuove basi. Nel giudizi comuni, per l'articolo 492 l'operazione potrebbe eseguirsi avanti lo stesso magistrato d'appello; se il giudizio è di divisione, *deve rimandarsi ai primi giudici.*

Articolo 886.

Per la vendita dei mobili, dei censi e delle rendite si osservano le norme stabilite nel capo VI, titolo II del libro II, in quanto siano applicabili.

Nella vendita degli immobili si osservano le norme stabilite nel titolo V,

capo II, sezione II di questo libro, aggiungendo nel bando il nome, il cognome, il domicilio o la residenza dell'istante, dei condividenti e dei loro procuratori.

Il bando deve essere notificato anche ai condividenti e ai procuratori dei creditori intervenuti nel giudizio.

Annotazioni.

1. **Dalla divisione siamo improvvisameote portati nel campo della vendita. Il trapasso è reso agevole dalle applicazioni del Codice civile. Le forme giudiziali fra maggiori non hanno luogo, *se le parti concordano fra loro in una divisione amichevole* (articolo 986 del Codice civile).**

2. ***Osservazioni sull'articolo* 988 *del Codice civile. Spirito e ragione di esso articolo.***

Gl'immobili possono dividersi e rispettivamente assegnarsi per convenzione; chi ne dubita? Se si tratta d'immobile non comodamente divisibile (1), spiega Duranton che non potendo anche effettuarsi la divisione, le parti possono prendere altri avvisi e spedienti. « On « pent aussi sortir de l'iodivision par d'autres « actes qne de partages à l'amiable on judi« ciaires, ou des licitations: par exemple par « des ventes ou dooations faites par les cohé« ritiers on co-propriétaires à l'un d'eux, de « leurs droits, successifs ou parts daos la com« munauté: par des transactions ayant ponr « objet de recoonaître à l'un des cohéritiers « ou communistes lo droit à tonte l'hérédité « ou à la communauté moyenoant les stipula« tions convenues dans lesdites traosactions ». (Doranton, tom. IV, nnm. 100).

L'articolo 827 del Codice Napoleooe in sembianza più categorico del nostro 988 (2) non tolse che la dottrina del Duraoton non fosse vera e generalmente seguita; e per essa si dimostra, che la legge noo impone alle parti un modo esclusivo *per uscire dallo stato d'indivisione;* ma in una data condizione di cose ordina la osservanza di regole e formo speciali e si preoccupa di opportune guareotigie.

Ma qual è qnesta data coodizione di cose? Quando le parti non giungano ad intendersi fra loro, e in realtà gl'immobili non siano suscettivi di comoda divisione. Allora sono ordinate le vendite alle quali presiede l'autorità del giudice. Prevale, se sono maggiori, la volontà delle parti.

La prima proposizione si dimostra con tutta facilità, non così la seconda, çhe vuole essere intesa secondo ragione.

Senza divagare cercando appoggi nelle legislazioni conformi e nella dottrioa (3), deve a tutto bastare l'articolo 986 (Codice civile). Quella specie di congestione di diritti e di servitù che nasce dal separare ed assegnare per parti una cosa che per natnra, per conformazione, per l'oggetto a cui deve servire, ripugoa dall'esser divisa, abbia pototo o no semplificarsi dal bnon volere delle parti interessate, ciò non deve tnrbare i sonni del legislatore; è uoa coovenzione come no'altra. Quindi l'articolo 988, qualonque sia la sua forma alquanto imperiosa ed austera, non autorizza nn intervento nltroneo del legislatore a pregiudizio della libertà delle convenzioni.

Ma le parti non si accordano; bisogna invocare l'antorità del gindice. *La legge s'impone al giudice non alle parti;* indica la via che deve teoere.

La licitazione è il mezzo che può dirsi estremo a cui deve appigliarsi il giudice, laddove le parti oon sieno d'accordo almeno nel punto — di veodere per dividersi il prezzo. Ma in plena discordia loro, il magistrato esamina primieramente se sossista in fatto che l'immobile non sia capace *di comoda divisione.* Forma elastica, e forse giova che lo sia, perchè non credo che in qnesta materia sia comportabile una decisiooe *a priori* e tutto dipeoda da circostaoze che, in ordine a cose ed a persone, sono infinitameote variabili.

Forzare la natora delle cose a reoder servigi che non possono prestare, è *un deprezzarne il valore*, userò di nna frase che fra i giuristi passa come di buona lega. Onde scrive Dalloz: « On pent dire d'nne manière géné« rale qne la licitatioo doit être préférée toutes « les fois que le partage entraînerait *la dépré« ciation des parties l'immeuble on en rendrait « la jouissance onéreuse et difficile* » (*Réper-*

(1) Art. 988 del Cod. civ. Ital.: « Se gli immobili non possono comodamente dividersi, se ne farà egualmente la vendita agli incanti giudiziali.

« Quando però le parti sieno tutte in età maggiore e vi consentano, gli incanti possono seguire avanti un notaio eletto di comune accordo ed anche tra i soli condividenti.

(2) « Se gli stabili non potranno comodamente dividersi, *se ne dovrà far la vendita agli incanti* » (articolo 827).

(3) Marcadé ciò dice apertamente illustrando l'articolo 827 del Codice Napoleone.

toire, v° *Succession*, n° 1724; Bioche, v° *Partage;* Chabot, all'articolo 837, Codice Napoleone.

Ecco dunque l'ufficio del giudice. Tentare prima di tutto se è possibile la divisione, che è l'esito più naturale e insieme il più giusto, poco importando la ineguaglianza delle quote, compensabili in conformità dell'articolo 993. L'antico dettato dava principalmente al giudice la facoltà dell'*adjudicatio* (1); ma è d'uopo convenire che la risoluzione era alquanto violenta, spesso gravosa. La vendita assicurata dalle migliori guarentigie; il prezzo che ogni valore rappresenta, equamente distribuito, è quanto di meglio poteva idearsi.

3. *Della università dei mobili sotto l'aspetto della indivisibilità.*

La legge non si occupa che *della indivisibilità degl'immobili.* I mobili sono per natura individui, e prestamente si conguagliano e si compensano fra loro. Nondimeno l'*università di mobili* può presentarsi alla divisione colla stessa difficoltà, e colla stessa, se non con maggiore importanza, dell'immobile *che non può dividersi comodamente.*

Se la eredità constasse principalmente di un grande stabilimento d'industria, male avveduti coloro che preferissero una divisione giudiziale ad un componimento amichevole! Del resto non essendo simili stabilimenti facilmente divisibili, potrebbe trovarsi necessaria la vendita giudiziale che dovrebbe effettuarsi col rito mobiliare, ed anche per *modum unius* e complessivamente, secondo le viste prudenti del giudice che in tutto questo ha un incontrastabile potere discrezionale (articolo 989 del Codice civile).

4. *Delle divisioni dei minori.*

Secondo l'articolo 838 del Codice Napoleone, se fra i coeredi « vi sono degl'interdetti o dei « minori di età, anche emancipati, la divisione « deve farsi giudizialmente ». Ad ogni individuo minore avente interesse opposto nella divisione si costituisce un tutore speciale.

Il Codice civile albertino invece nell'articolo 1042 dichiarava: « Potranno farsi le di« visioni all'amichevole anche nel caso vi siano « interessati minori o interdetti, ovvero as« senti, qualora nei beni di quei stessi fossero « stati immessi dei loro parenti ». Attesa la quale disposizione, l'articolo 1061, ricopiando nel resto l'articolo 838 del Codice Napoleone, conteneva una riserva per la quale la divisione giudiziale non era tenuta necessaria se non quando la divisione non avesse potuto convenirsi e non si fosse celebrata nei modi legittimi.

Il Codice civile italiano è notevole per la parsimonia del suo dettato, per lo studio che facilmente si scorge di evitare le ripetizioni e di mettere ogni cosa a suo posto. L'art. 986 si esprime in modo da comprendere *tutti i coeredi* (2), maggiori o minori, interdetti o liberi. La divisione insomma è come ogni altro giudizio; implica il consenso e la contraddizione; provoca decisioni che s'impongono ai contendenti. Non ha semplicemente il carattere di quei processi ufficiali e tutelari che abbiamo visto di sovente ordinarsi dai legislatori a favore d'interessi preziosi e pericolanti che conveniva proteggere.

Quindi il giudizio di divisione comprende virtualmente tutte le controversie che vi sono relative. Il diritto dell'azione, come il riparto e l'assegnamento delle quote, come le collazioni ed imputazioni che devono operarsi a norma di legge, sono proposte all'autorità giudiziaria, divisate dagli articoli 883, 884 della procedura.

Per tutto questo il presente Capo non detta regole di rito, che pur si trovavano anche nell'ultimo Codice sardo (articoli 1082, 1083, 1084, ecc.). E ciò si attiene al metodo letterario, adottato eziandio nella procedura, di non riprodurre nelle singole istituzioni le disposizioni generali e comuni a tutti i giudizi, le quali si credono statuite con attitudine sufficiente a spandersi su quelle parti del Codice in cui si contengono discipline eccezionali, senza una modificazione espressa delle regole generali. Per questa metodica si spiega come nel presente Capo non s'incontri neppure veruna disposizione che accenni alle rappresentanze di minori ed incapaci; e i coeredi siano considerati puramente in tale loro qualità, senza occuparsi del loro stato personale, regolato da altre leggi.

5. *Della vendita.*

L'articolo 886 con un generale richiamo prescrive i modi e forme delle vendite, colla clausola sottintesa — *quando si fa luogo alla vendita.*

(1) « Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicio agatur, *et divisio tam difficilis sit ut pene impossibile esse videatur, potest judex totam condemnationem conferre et adjudicare totas res ei* » (Leg, 55, Dig. fam. ercisc.).

(2) La stessa regola vale pei comproprietari non coeredi.

· È riflessibile che ove si tratti della vendita di mobili, censi, ecc., siamo rinviati al sistema comune, mentre in materia di stabili si è preferito quello più compendioso che è scritto per le vendite degli immobili pertinenti ai minori.

Le osservazioni che abbiamo fatte a quel titolo ci dispensano da ulteriore esame.

Articolo 887.

La nomina del notaro e la rimessione avanti di esso per le operazioni della divisione può farsi anche dal giudice delegato.

Articolo 888.

Il notaro procede senza assistenza di testimoni alle operazioni suddette nel luogo, giorno, e nell'ora da lui stabiliti, previo semplice avviso da darsi cinque giorni prima ai condividenti e ai creditori intervenuti nel giudizio.

L'intervallo tra l'avviso e il giorno stabilito per comparire davanti il notaro non deve essere minore dei termini stabiliti nei numeri 5° dell'articolo 147, e 4° e 5° dell'articolo 148, se il luogo in cui è dato l'avviso e quello della comparizione facciano parte di giurisdizioni diverse di tribunali o di corti d'appello.

Se davanti il notaro le parti si facciano assistere dai loro procuratori, gli onorari sono a carico di esse.

Annotazioni.

1. La nomina del notaio *ha luogo soltanto nelle divisioni fra' maggiori,* o pur anche nel concorso di minori ed interdetti? Il dubbio scaturisce dal disposto dell'articolo 988 del Codice civile, nel quale si dice che *se le parti siano tutte in età maggiore e vi consentano,* gl'incanti possono seguire avanti notaio. Ma l'articolo 887 della procedura ha tale latitudine che sembra respingere ogni distinzione. Inoltre, in fatto d'immobili, abbiamo un'altra regola della procedura ugualmente generale. Precisamente nella Sezione richiamata dal nostro articolo 886, capoverso 1°, troviamo all'articolo 825: « L'incanto si apre o davanti « uno dei giudici, o davanti il cancelliere..... « *o davanti un notaio nominato nello stesso* « *decreto* ». In linea d'ermeneutica si noti che il Codice di procedura può avere modificato l'art. 988 del Codice civile, non tanto perchè posteriore, ma perchè trattandosi di forma: è in casa sua, e, padrone del soggetto, deve preferirsi.

Ritengo adunque che in ogni caso sia in facoltà del giudice delegato *nominare un notaio per le operazioni della divisione,* in luogo di altro ufficiale, posto che le parti, concordi, non lo abbiano nominato. A scegliere un notaio non vi dovrebb'essere esitanza in un affare come questo è, il cui oggetto principale si è quello di applicare all'interesse delle parti quelle leggi che sono la materia quotidiana e continua del nobile suo esercizio.

2. *Ma quali sono le operazioni del notaio delle quali si parla in questi due articoli?*

Non dimentichiamo che qui siamo in presenza di due ordini di fatti molto diversi. Si fanno delle vendite quando sia necessario; o semplicemente si opera una divisione quando sia possibile. Le vendite sono regolate dalle leggi loro proprie e già indicate nell'art. 886: il notaio potrà pure dirigerle, e abbiamo avvertito a quali disposizioni egli ne attinga l'autorità. Allora la materia del dividendo si trasforma e diventa prezzo. Anche sul prezzo, in quanto deve assegnarsi in ragione dei rispettivi diritti, vi sono delle operazioni da fare, allo quali il notaio potrà essere delegato; e faccio ben riflettere che quell'autorità di cui il notaio è rivestito in forza dell'articolo 825 per assistere gli incanti, non si estende sino a presiedere le opere della divisione.

È palese che il notaro funziona non come un giudice, ma come un ufficiale pubblico incaricato di predisporre, preparare e, a dir così, organare il progetto della divisione che si sottoporrà a suo tempo al giudice o tribunale avanti cui le parti stanno contraddittoriamente. Così il contenuto dell'art. 886, come dell'887 e dei successivi sino all'articolo 893, riguarda la *materia* della divisione, le trasformazioni che siano necessarie mediante le vendite, i lavori preparatorii del giudice delegato e del notaio, le cui funzioni giova osservare distinte.

3. *Del giudice delegato e del notaio.*

Se la causa della divisione è istaurata avanti il pretore, egli può assistere alle funzioni della divisione, o destinare un notaio. Non può essere negata a lui l'autorità che l'articolo 887 accorda anche ad un giudice delegato.

Se la causa è avanti il tribunale, esso medesimo può nominare un notaio. Ciò era espresso nell'articolo 1087 del Codice di procedura del 1859, e s'intende da sè. Il tribunale può trasferire al notaio le facoltà che stima opportune; esso può riempiere o no, secondo i casi, le funzioni dello stesso giudice delegato. D'ordinario ciò mi sembra meglio inteso: il tribunale delega il giudice che a sua volta delega il notaio, senza deporre per questo la sua funzione, che non può ritenersi interamente esaurita. Secondo la varietà delle circostanze, la missione suddelegata al notaio può essere ristretta a certe operazioni; e il giudice delegato ha pure facoltà di sorvegliarle.

4. *Introduzione del processo avanti notaio.*

L'articolo 888 comincia dall'esprimere la legittima fiducia che il legislatore ha nella persona autorevole del notaio, dichiarando che esso procede *senza assistenza di testimoni.*

Il notaio invia un *semplice avviso;* un biglietto, ma per mezzo di persona da lui nominativamente incaricata, in analogia a ciò che si dichiarò nell'articolo 4, benchè non sia il *messo del Comune,* qualità che lo fa dipendere dal conciliatore che si considera come un magistrato municipale. L'incaricato adopera colle norme del detto articolo 4 circa il modo della consegna, e ne fa relazione *quale commesso dallo stesso notaio,* depositando nello studio di lui l'originale.

Ma gl'interessati possono viver lontani, e a tali distanze che il termine di cinque giorni sia insufficiente.

Su questo punto le procedure hanno variato. Nel sistema francese si cita avanti il giudice delegato che rimette le parti al notaio, il quale procede « ai conti che i condividenti « dovessero rendersi, alla formazione dello « stato generale dei beni, a quelle delle ri- « spettive porzioni ereditarie, ed alle sommi- « nistrazioni da farsi a ciascuno dei dividenti » (articolo 828 del Codice Napoleone). La procedura francese non indicando nè il modo, nè i termini della citazione (articolo 976), si attiene al metodo ordinario. Anche pel Codice sardo del 1859 l'iniziativa era attribuita al notaio che invitava a sè le parti interessate, ma non si era fatto gran caso del termine: *doveva essere almeno di cinque giorni;* poteva essere di più a suo arbitrio, secondo le circostanze.

Generalmente il giudice delegato non s'incarica di citare le parti: nel nostro sistema l'azione delle parti stesse è quella che si richiede di più. Ma il notaio (giovi il segnarlo) esercita quivi una funzione che molto si approssima a quella del conciliatore, ma sopra un disegno più vasto; la funzione nobilissima di ordinatore, moderatore e, quand'occorra, di paciere eziandio e conciliatore; in ogni caso, di perito addottrinato e conoscente di tutto l'affare che talvolta assume le proporzioni più rilevanti. Se adunque questo magistrato di occasione, per chiamarlo un momento così, va egli stesso incontro alle parti invitandole, questo atto non è senza una significazione che toglie dal suo carattere e dall'oggetto della sua funzione.

Intanto è una novità la disposizione del capoverso 1° dell'articolo 888.

Il notaio fissa la propria udienza, e *fra l'avviso e il giorno stabilito a comparire* frappone un termine. Sarà di giorni dieci secondo il richiamato num. 5 dell'articolo 147; di giorni venti o venticinque secondo i numeri 4° e 5° dell'articolo 148. Resta a vedersi se il disposto dell'articolo 150, riservato nel detto num. 5 dell'articolo 148, debba pure applicarsi. La risposta negativa mi pare evidente; e ciò perchè le ultime parole dello stesso comma circoscrivono la portata di questo riferimento. Nè difatti può immaginarsi che il notaio possa spingere la sua voce sino al di là dei confini del regno, ed anco oltre i termini d'Europa.

È stata ben maturata questa novità? Non ispetta a me il deciderlo. Si pena però ad intendere come un notaio, sebbene vestito di autorità delegata, possa *per sè* e *mediante un semplice avviso,* trasmettere i suoi ordini ad una distanza ed a territori tanto rimoti da quello nel quale risiede. Potrà egli suddelegare (e sarebbe già il terzo grado della delegazione) qualche notaio o funzionario del luogo per darne poi incarico, e quindi un'ulteriore trasmissione di autorità, a persona che notifichi l'avviso? Ecco come il semplificar gli atti non sempre giovi. Più cautamente agirebbe chi commettesse ad un usciere locale la notifica dell'ordinanza del notaio. S'intende la ragione per cui l'*avviso* deve comunicarsi alle parti personalmente. Per altro non vorrei fosse sfuggito al redattore dell'articolo, che qui ci troviamo nel bel mezzo di un giudizio formale, aperto quasi sempre avanti un tribunale, citate le parti interessate, le quali per non cadere in contumacia, avranno costituito

procuratore. Io non so bene se il mandare avviso al procuratore non avesse favorito di più la speditezza dell'affare.

Lasciando di ciò, abbiamo dall'articolo 888 (in fine), che stiamo esaminando, che i procuratori possono pure intervenire; ma *qui vult cavere, caveat de proprio;* l'articolo ha fatto onore a questa massima di economia giuridica.

Dei non citati o *contumaci.*

Ma si domanda se il *semplice avviso* debba mandarsi non solo a quelli che sono citati, e comparsi o eziandio ai non citati, ai non comparsi e contumaci?

Quanto ai non citati, la risposta è facile. Un'autorità, qualunque sia, delegata a presiedere alcune parti e funzioni del processo, non può estendere la sua cognizione ad individui che sono fuori del giudizio: tali sarebbero quelli che non furono citati. *Videndum* se i contumaci siano fuori del giudizio.

Il contumace è una parte; una parte che non vuol comparire; che sfugge o la luce o la emozione di un giudizio, come vi piace; ma è tanto una parte esistente che ne subisce le vicende e sente arrivare sino a lui, nascosto, il colpo di una condanna. L'articolo 383 determina il modo onde notificare le *istanze ed ordinanze d'istruttoria* (tale sarebbe questa) allo stesso contumace. Se non che non si vuol ripetere una comunicazione a persona o domicilio; e l'articolo 385 dichiara che la notifica si fa per *affissione* (1).

Ora il notaio che trovò fra i citati dei contumaci, si crederà forse dispensato dall'invitarli? Io non sarei di quest'avviso. Non solo per l'oggetto, ossia per l'importanza gravissima delle materie che vanno a trattarsi, ma altresì per la qualità del giudizio, e finalmente perchè non parmi essere distinzione nell'articolo 888. *Egli deve chiamare i condividenti.* Soltanto parlando dei creditori, la lettera del testo si restringe agli *intervenuti*, e non poteva essere altrimenti. I creditori si presentano a loro grado, ponendosi, per così dire, ostacolo volontario alla prosecuzione del giudizio senza di loro. Sono citati in quanto *sono opponenti.*

Se la parte possa citarsi nella persona del procuratore è una questione che venne fatta sotto l'impero della procedura francese; decisa affermativamente dalla corte di Tolosa (20 marzo 1849; *Journal des Avoués*, t. LIX, pag. 589), ma la decisione non piacque (2) (Chauveau, quest. 2506 sex.). Piuttosto potrebbe muoversi dubbio presso noi, se dovendo le parti comparse in giudizio elegger domicilio giusta gli articoli 134 e 159, non si potesse l'avviso del notaio spedire a quei domicili. Ma sembra troppo imperiosa e, dirò anche, troppo nuova (3) la disposizione dell'articolo 888, e non consiglierei a girarvi intorno; ciò potrebbe anche produrre la nullità del giudizio.

Articolo 889.

Il notaro fa processo verbale delle operazioni a lui commesse, il quale deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, giorno e dell'ora, e delle rimessioni ad altri giorni e ore;

2° Il nome e cognome, e la residenza del notaro, e la data del decreto o della sentenza portante la delegazione, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunziato;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei condividenti e dei creditori intervenuti nel giudizio, e la menzione dell'avviso dato ai medesimi;

4° L'indicazione delle parti intervenute alle operazioni della divisione, e di quelle non intervenute.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti e dal notaro.

Annotazioni.

1. Fra le altre condizioni del processo verbale vi ha quella di far menzione delle parti comparse o *non comparse* (num. 4). Si dovrà del pari far menzione dei comparsi che non hanno voluto sottoscrivere il verbale. Ma poco importa alla validità dell'atto. Pigeau osser-

(1) Io non troverei irregolare che l'intimazione a comparire potesse eseguirsi in conformità del citato articolo 383.

(2) Perchè la intimazione doveva esser personale.

(3) Ponderata, anche pei particolari che ha dovuto indicare.

vava che l'assenso delle parti è tutto in ordine ai contratti; ma rapporto *à les partages judiciaires*, « le notaire étant établi pour constater « même contre le vœu des parties, peut opé- « rer nonobstant le leur refus, et si les parties « ne veulent pas signer, *son attestation suffit* » (*Commentaire*, tom. II, pag. 689).

Certamente il discorso dell'illustre autore intende a significare, che alla validità e perfezione del processo verbale, come atto storico e narrazione autentica delle operazioni eseguite, poco importa se le parti comparse non hanno voluto concorrervi colla loro soscrizione. L'attestazione del notaio basta, e il verbale farà piena fede. La soscrizione però non sarebbe cosa indifferente quando si trattasse di stabilire o *una convenzione*, o anche semplicemente *una confessione* fatta da taluna delle parti. E in ciò avrebbe qualcosa d'inesatto il dire di Pigeau, che il notaio può testimoniare *contre le vœu des parties*.

Il notaio in questa funzione deve principalmente guardarsi come *un ufficiale pubblico, delegato dal potere giudiziario*, che mette a profitto la sua perizia ed esperienza degli affari, onde dalle sue ricerche, dai suoi studi, dalle sue conferenze colle parti, e dalle proposte che avrà cura di presentare il meglio che si possa ordinato e compite, deduree un risultato che è la stessa divisione, condizionata all'approvazione del tribunale. Il processo verbale può anche prendere il carattere di *una convenzione* (che può non meno apparire da altro atto formale ed ugualmente autentico): in effetto però la convenzione è un atto distinto; il processo verbale non potrebbe farne fede se non in quanto fosse sottoscritto dai contraenti. Vero è che il notaio, come il giudice delegato, può, anzi deve, narrare ciò che d'importante è passato innanzi a lui, e in questo merita tutta la fede, ma l'atto, considerato sotto l'aspetto di una convenzione, rimarrebbe imperfetto mancando della soscrizione delle parti.

2. L'articolo 889 non prescrive che le *generali* del processo verbale; eppure non è facilmente annullabile per qualche omissione che non sia del tutto sostanziale. Ma il verbale sarebbe nullo, non esprimendo con una certa chiarezza la materia delle operazioni, quasi storia senza soggetto.

Articolo 890.

Quando nel corso delle operazioni commesse al notaro sorgano controversie, il notaro ne fa processo verbale separato, e rimette le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria delegante.

Il processo verbale è dal notaro trasmesso, nel termine di giorni due, alla cancelleria dell'autorità giudiziaria.

Annotazioni.

Il processo verbale *viene trasmesso alla cancelleria* entro due giorni. Quanto al processo generale vedi anche il commento dell'articolo 893.

Articolo 891.

Stabiliti dal notaro i prelevamenti e le collazioni da farsi, e la massa da dividersi, si procede alla formazione delle quote a norma dell'articolo 996 del Codice civile.

Il perito d'uffizio, nel caso indicato in detto articolo, è nominato dal notaro, che ne riceve il giuramento, e fa risultare della nomina e del giuramento prestato nel processo verbale.

Il condividente eletto dalle parti, o il perito nominato, procede alla formazione delle quote, e ne presenta relazione al notaro, che la unisce al processo verbale.

Annotazioni.

Dichiara l'articolo 990 del Codice civile, che l'affare viene rimesso o al giudice delegato, o al notaio *dopo la stima* o *dopo la vendita*, se *ha avuto luogo*. Bisogna guardarsi dal confondere la stima di cui si parla in questa legge, con quella divisata nell'articolo 891 della pro-

cedura. Il tribunale avanti il quale è portata la causa, ancorchè non si tratti di vendere, ordina di consueto le *stime*; la prima operazione è la perizia e la stima delle cose da dividersi. Dico esser solito, quantunque il tribunale, colla scorta d'inventari recenti, di stime prossime, e sopratutto concordando le parti sui dati di valore, può prescindere da nuove stime.

Tre ordini di funzionari concorrono visibilmente in questo grave còmpito. L'autorità giudiziaria superiore e decidente; i periti propriamente detti, e il notaio: al notaio bisogna presentare dei materiali di valore definiti; se vi sono conti pendenti, egli dovrà liquidarli; ciò è nelle sue attribuzioni (articolo 990 del Codice civile). Restano a formarsi le quote. Possono formarsi dagli stessi coeredi o da persona di comune fiducia (articolo 996 del Codice civile), ma in due casi tornerà ancora necessaria l'opera dei periti calcolatori: *a*) se le parti non si trovino concordi; *b*) se vi siano minori o interdetti.

L'articolo 861 della procedura ha il più perfetto riferimento al citato articolo 996. Il nuovo Codice di procedura attribuisce al notaio quella facoltà di eleggere il perito e di riceverne il giuramento, che innanzi era propria del giudice delegato (articolo 1090 del Codice del 1859). È pregio della novella legge di avere accresciuto dignità ed onore alla classe benemerita de' notai; si dev'essere persuasi della loro integrità come della loro perizia, per affidare ad essi i più importanti affari della vita civile; le dimostrazioni del legislatore consolidano una opinione che è la certezza e il riposo di tante famiglie.

Articolo 892.

Compiute le operazioni, le parti, a istanza di una di esse, sono citate a comparire nello studio del notaro a giorno e ora determinati per assistere alla chiusura del processo verbale, sentirne lettura e sottoscriverlo.

Tra il giorno della citazione e quello stabilito per la comparizione vi deve essere l'intervallo indicato nell'articolo 888.

Annotazioni.

Ora la legge, non contenta del *semplice avviso*, esige la *citazione*. Il notaro risponde ad un'istanza di parte, e destina il giorno del suo congresso finale. Eccoci ancora alla questione del termine. Il precedente Codice di procedura sardo si limitava a dire: *le parti saranno citate*. La nuova legislazione sentendo il difetto e, per dir così, l'abbandono di una tale formola, ci rinvia all'articolo 888; e questo risveglia disposizioni, il cui uso od abuso è stato per noi rilevato parlando dell'articolo suddetto. Ma trattandosi di un atto di citazione, il modo della comunicazione è assai più noto che quello di un avviso stragiudiziale.

La somma importanza dell'atto giustifica il rigore. È tanto necessario che la citazione sia regolarmente notificata e il termine corra intero, che vi sarebbe assoluta nullità nella violazione. Nullità, intendiamoci, non già di ogni precedente giuridico, ma solamente del *processo verbale di chiusura* che riassume i processi verbali delle singole sessioni, ma senza confonderli, e lasciandoli, ci spiegheremo così, nella loro individualità sostanziale (1). Nullità che porterebbe l'obbligo di citare i non citati, di citare secondo legge quelli che stati noi fossero; l'udienza dovrebbe ripetersi e rifarsi il processo verbale.

In quel congresso definitivo ben potranno sorgere o tempestose discussioni che costringano ad invocare il magistrato giudicante (articolo 890), o consigli di concordia e di pace, e con essi la convenzione. La convenzione fra maggiori è terminativa; il processo verbale potrà esserne il felice depositario; indi potrà assumer la forma del rogito notarile. Niuna omologazione è necessaria.

Articolo 893.

Il notaro deve dare alle parti interessate gli estratti di tutto o di parte del processo verbale di divisione che gli siano richiesti.

(1) Per il che, annullato che fosse il processo verbale di chiusura, gli altri rimarrebbero intatti.

Deve trasmettere, entro giorni cinque dalla sottoscrizione, il processo verbale originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria per l'omologazione.

Annotazioni.

Quantunque occorra quasi sempre una serie di processi verbali onde certificare i fatti delle singole sessioni, lo stato definitivo, il risultamento di ogni cosa, la esposizione completa, è còmpito di quello che propriamente si chiama il processo verbale: soggetto dell'articolo 889. Nel num. 1 di quell'articolo trovandosi indicato l'obbligo di mentovare i vari aggiornamenti che hanno avuto luogo, sembrerebbe che *un solo atto*, ossia un solo processo verbale, dovesse contenere tutta la storia delle materie poste, come suol dirsi, sul tappeto, colle contestazioni, difficoltà, oscillazioni, variazioni di cui si è dovuto far registro in ogni sessione. Ma ciò non può stare. Il processo finale ha bisogno di ridurre le cose a quella semplicità colla quale vengono sempre a presentarsi quando si è giunti alla conclusione, senza però nulla pretermettere di ciò che è necessario onde le condizioni della divisione si facciano palesi insieme ai motivi che le produssero. Altrimenti non potrebbe applicarvisi, non contrastanti le parti, la omologazione del tribunale. I verbali secondari rimangono come allegati e materiali storici, che possono sèmpre consultarsi.

Gli *estratti*, ossia le copie autentiche, sono rilasciate dallo stesso notaio. Tuttavia l'opera del *cancelliere* non può dirsi del tutto abolita, sebbene la nostra legge non parli che del primo, e con senno non abbia lasciata quell'alternativa o concorrenza fra il cancelliere e il notaio, che imbarazza la procedura francese (ivi, articolo 983). Dacchè il processo verbale è stato consegnato alla cancelleria, come si vede pel capoverso del nostro articolo, quella funzione non può appartenere che al solo cancelliere.

Il nostro articolo 893 si riferisce evidentemente al processo verbale definitivo, descritto nell'art. 889. Onde si può chiedere, se sarà permesso dare anche l'estratto di quello speciale dedicato a indicare le *controversie* che fanno desistere il notaro dalla continuazione dell'opera sua, aspettando la decisione del tribunale (articolo 880). Ma è chiaro che anche di questo può rilasciarsi copia; tanto più che il giudizio remissivo del notaio può anche venire in sindacato, restando cioè a vedersi se la difficoltà non fosse di quelle che versando nella cerchia delle sue cognizioni, a lui non ispetti il risolvere. Si faccia chiaro coll'esempio. Una delle parti nega *in massima* di dover conferire ciò che le è stato donato (art. 992 del Codice civile), senza addurre ragioni particolari per cui non abbia a conferirlo. Non deve già il notaio, ad ogni capricciosa e strana opposizione, fermarsi, incomodare il tribunale, e frapporre continui indugi al suo lavoro. Ogni cosa deve intendersi *sano modo*. Se la opposizione è risolta da un testo letterale, se non è che elementare, prodotto evidente o della mala fede o della ignoranza, il notaio ne fa annotazione e prosegue.

Articolo 894.

La sentenza di omologazione ordina l'estrazione a sorte delle quote da farsi avanti il notaro, salvo la disposizione dell'ultima parte dell'articolo 996 del Codice civile.

Il processo verbale d'estrazione è fatto nelle forme stabilite per gli atti ricevuti da notaro, e vale atto di divisione.

Annotazioni.

1. Chi non è contento dei risultati, dedurrà dall'ultimo atto materia per contrastare la *omologazione*. Pervenuto a questo termine, non facilmente il notaio lascierà a mezzo il suo progetto conclusionale; ma incarnando il suo piano, userò questa frase, terrà conto delle proposte, le registrerà fedelmente nel processo verbale, ed esporrà anche i motivi per cui egli opina diversamente, appunto come fa il perito che emette pareri nella sfera delle proprie cognizioni. Non crederei però potersi fissare una regola *a priori*; può presentarsi in realtà controversia tale per cui sia d'uopo tenersi al precetto dell'articolo 890.

2. *Della citazione che deve procedere il giudizio dell'omologazione. Soscrizione del processo verbale. Sua importanza.*

Se non vi ha sospensione, sono già aperte

le porte per chiedere l'omologazione da una parte, mentre dall'altra o si citerà perchè siano ammessi i diritti ai quali non si è fatta ragione, o se ne formerà subbietto di eccezione nel giudizio stesso di omologazione. Si dovrà adunque citare; e la citazione potrà venire da una o anche da più parti, secondo la piega dei rispettivi interessi. Questo passaggio fu tracciato, sebbene imperfettamente, da qualche altra legge; la nostra tace. L'articolo 1093 dell'ultimo Codice sardo diceva: « Il notaio depositerà entro cinque giorni il verbale originale alla segreteria per l'omologazione del tribunale, *il quale provvederà, ad istanza della parte più diligente, sulla relazione del giudice commesso, presenti le parti o citate* ».

Ma che s'intendeva con quello — *parti presenti?* — Forse le parti che avevano firmato il processo verbale?

Questo concetto pareva difatti emergere dal modo di esprimersi dell'articolo 981 francese: « ... Le tribunal homologuera le partage, s'il a lieu, *les parties présentes ou appelées, si toutes n'ont pas comparu à la clôture du procès verbal...* ». Non era difficile a persuadersi che, nella mente del legislatore, i firmatari del processo verbale dovessero appunto considerarsi come presenti. Di questi credenti fu il Delaporte (tom. II, pag. 279) che stimava essere cosa inutile di citare i firmatari che avevano provato col fatto loro di approvare il processo verbale. Ma da altri si rispondeva, non senza ragione (Lepage, *Question*), che, questo ammesso, non però era inutile citarli; anzi dovevano esser citati. Se uno solo degli interessati non è comparso a sottoscrivere il processo verbale, e potendolo per ciò contraddire e impugnarne le conseguenze, ne segue che anche il firmatario è tratto in questione; deve conoscere i mezzi contrari, ha diritto di combatterli e difendere la propria posizione.

Qui è la evidenza. E si va più oltre. Se tutte le parti sono comparse e hanno firmato il processo verbale, tutte nondimanco denno citarsi da chi domanda l'omologazione; eccetto che non ne risulti fra maggiori una convenzione valida e perfetta, e da quelli in fuori che si presentino spontaneamente.

Due parole dell'una e dell'altra limitazione.

Possiamo ammettere in ipotesi che la soscrizione pura e semplice del verbale importi l'accettazione dei modi di riparto, e delle massime giuridiche esposte dal notaio. Ma siccome la *estrazione delle quote* non si effettua avanti di lui, ma in tribunale, l'atto rimanendo incompinto, è manifesto che tutti, assenzienti o no, devono essere chiamati.

Quanto al vedere se, sottoscrivere senza protesta nè dichiarazione contraria il verbale, equivalga ad accettarne i principii, invero non passa senza difficoltà. Da molti si ritiene che la soscrizione del processo verbale sia semplicemente il *dar atto* della comunicazione, come si direbbe, *un visto senza approvazione*, onde rimane escluso il *fin de non recevoir;* si può contestare il progetto, si può non convenire io nulla; la soscrizione insomma non costituisce impegno di sorta (*Praticien*, tom. V, pag. 299; Carré, Thomine, ecc.). Ecco dunque una formalità precisamente inutile. Il processo verbale non è men valido ed efficace se non è sottoscritto dalle parti; sottoscritto dalle parti è come non lo fosse, perchè le parti non s'impegnano in nulla. Per me la sottoscrizione importa adesione; non precisamente come una confessione giudiziale se l'atto non ne contiene, ma come un riconoscimento e dei fatti che ivi sono posti, e anche *sino a un certo punto* del sistema e delle massime da cui si svolge; e questo è ciò che dà importanza e ragione di esistenza alla formalità della soscrizione. Ho detto *sino a un certo punto*. Due limitazioni ulteriori bisogna metter di costa a questa dottrina. L'una è evidente. Io ho potuto convenire nel disegno della divisione ad una condizione impossibile o non esser sottintesa, in quanto cioè il condividente, attaccando tutto ciò che si è fatto, non mi costringa a modificare, nel mio proprio interesse, lo stesso progetto, valendomi di quei diritti che dovrò invocare in relazione al sistema avversario. La seconda limitazione non è così chiaramente determinata, ma si sente nell'animo. L'accettazione che risulta dalla soscrizione non può ammettersi che in modo ragionevole; la buona fede di una impugnazione non isfuggirà all'occhio esercitato del magistrato: l'errore, la ingiustizia saranno sempre emendabili (1). *Il reclamo contro la formazione delle quote* è di

(1) Il tema è delicato; questioni che non si risolvono bene che nell'atto pratico, *potius facti quam juris*, direbbe il principe dei forensi. Questo accenno mi valga per un'altra osservazione, non so se sottile, ma certamente vera. Il Chauveau, che non sembra persuaso della dottrina, da noi pure rifiutata, ci darebbe un'altra soluzione. Egli si fonderebbe piuttosto sull'articolo 888 del Codice Napoleone, che accorda l'*azione di rescissione* contro ogni atto divisionale in qualunque modo qualificato anche di *transazione*. Ma con ciò si suppone che il processo verbale contenga un vero e compiuto atto di divi-

diritto (articolo 997 del Codice civile); ma la soscrizione del verbale è argomento d'accettazione, salvo, ripetiamolo, ingiustizia od errore.

Se pertanto è stabilito che l'interesse di assistere al giudizio di omologazione è in tutti, soscrittori o no del verbale, è palese che uiuno può essere omesso senza mettere in pericolo la validità del giudizio.

Non dobbiamo trattenerci snlla questione della *presenza*, ch'ebbe qualche valore imperando la procedura del 1859, o sollevò dei dubbi anche iu Francia. Se potesse influire la caduta disposizione dell'articolo 1093 sopra trascritto, i *presenti* e non citandi non sarebbero mai coloro che firmarono il verbale, come alcuno pensò (Delaporte, luogo citato); ma *quelli che si presentassero volontariamente*, giusta la facoltà scritta nell'articolo 37 (1).

3. *Delle divisioni che hanno luogo sul prezzo delle vendite.*

Se il patrimonio non potrà esser diviso che in qnesta forma, e dovrà quindi aver applicazione il disposto dell'articolo 886, è manifesto che un processo al tutto diverso si viene spiegando; altri incidenti, altre fasi hanno luogo prima che la materia del dividendo sia adunata e si offra alla opportuna elaborazione. Vi possono esser opposizioni di creditori sulla distribuzione del prezzo dei mobili; l'esame di tali diritti ha legittima preferenza; il prezzo da dividersi è qnello cho rimane, *solutis creditoribus*. Quanto agli immobili non si ha che rivolgere anche una volta lo sguardo all'articolo 886. Abbiamo visto a suo luogo la differenza che passa fra il processo che riguarda *la vendita dei beni immobili dei minori*, al quale siamo ricondotti, da quello comune alle vendite giudiziali coatte (articolo 659 e seg.). Quella vendita d'immobili che si eseguisce onde effettuare più comodamente la divisione rimpetto ai terzi, *si reputa volontaria*, malgrado le circostanze imperiose da cni dipende. Difatti *è sempre volontaria la vendita che uno fa della cosa propria*, qualunque sia la urgenza delle cause che a ciò lo spingouo. Da questo discende che i creditori ipotecari non sono costretti a ricevere innanzi tempo la dimissione dei loro crediti; che bene espresse le condizioni della vendita nel bando, il compratore può anche scontare il prezzo accollandosi debiti iscritti, pagare il di più, e l'avanzo formerà la materia divisibile (2).

La operazione della vendita degli immobili è sì importante, che gli agenti della divisione dovranno ben aspettarne l'esito. Quando avremo un prezzo definitivo da aggiungero agli altri valori se ce ne siano, comincierà l'opera frnttifera del notaio, partendo dal sistema dell'articolo 888, ed osservando tutto ciò che si dispone in questo Capo IV, che è perfettamente applicabile.

Articolo 895.

Le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizi di divisione non sono soggette a opposizione, e non è applicabile a questi giudizi la disposizione del capoverso dell'articolo 382.

Annotazioni.

I condividenti che, citati, non compariscono, possono esser condannati in contumacia, ossia possono sentirsi imporre quote che non accetterebbero volentieri, e contro la quale assegnazione domani interporranno appello. Ma non godono del beneficio o diritto della *opposizione* (articolo 474); ed ancorchè *non citati in persona propria*, la citazione non si rinnova.

La contumacia è qnello stato del litigante che viene statuito sulla citazione fondamentale, e rapporto a quella è dichiarata. Nelle cause di tribunale la legge dichiara il modo della comparizione; cioè per mezzo di procuratore. Il rispondere o il non rispondere che si faccia all'invito del notaio, non determina nè esclude la contumacia. Se il citato è comparso

sione equivalente ad un contratto. Non si può arrivare sin là. Dal sostenere che la soscrizione non ha il menomo effetto approbatorio, che tutto ciò che è stato fatto e proposto, debba considerarsi estraneo e quasi non avvenuto; al non potersi opporre qualche ragionevole rimarco, e proporre correzioni o riforme, vi è tale distanza, che solo, come dissi, può essere compreso sul terreno della questione.

(1) Che debbe dirsi dei contumaci, ossia di quelli che sino a questo punto non risposero a veruna citazione, vedi l'articolo seguente.

(2) Benchè la forma della vendita sia giudiziale, procede però *ex contractu*; secondo le spiegazioni proposte nella materia della *vendita degli immobili dei minori*.

sulla citazione principale, può a suo grado intervenire o di persona o per mezzo del procuratore nel congressi che si fanno nello studio del notaio, e così negli atti successivi; ovvero può non intervenire: ciò è nel suo diritto. Aggiungo che, presentandosi al congresso del notaio, non purga perciò la sua contumacia giudiziale; fenomeno di cui bisogna tener conto. Questo processo notarile è veramente qualche cosa che frammezza il giudizio e la privata conferenza; ma tiene assai a quest'ultima, e ognuno, dirò così, viene a trattarvi i propri affari come in famiglia. Chi non si presenta *non deest judicio, nec decreto prætoris non obtemperare dicitur*; e chi interviene, può fare benissimo il proprio interesse, deducendo al notaio le sue ragioni; ma non fa tutto quello che è necessario per attestare *la sua presenza in giudizio*.

Esaminando l'articolo 888, si è stabilito che il notaio deve mandare il suo avviso eziandio ai contumaci; ma abbiamo creduto potersi eseguire per via di affissione. Nella stessa guisa verranno notificandosi altre istanze e ordinanze d'istruzione; la citazione pel giudizio di omologazione. La sentenza sarà notificata ai termini del suddetto articolo 385.

CAPO V.

DEL CURATORE ALL'EREDITÀ GIACENTE.

Articolo 896.

La pubblicazione del decreto di nomina del curatore all'eredità giacente, di cui nell'articolo 981 del Codice civile, deve farsi nel termine stabilito nello stesso decreto.

Copia del decreto deve a cura del cancelliere notificarsi personalmente al curatore nominato, e affiggersi alla porta esterna della pretura nel termine stabilito nel decreto medesimo.

Annotazioni.

1. « Quando l'erede non sia noto, o gli eredi « testamentari o legittimi abbiano rinunziato, « la eredità si reputa giacente, e si provvede « all'amministrazione o conservazione dei beni « ereditari per mezzo di curatore » (articolo 980 del Codice civile).

Eredità *giacente* non è eredità *vacante* (1); non è neppure la *successione* dello Stato per difetto di parenti e di successibili; ne siamo ben lontani; potrebb'esserne il prodromo, ma troppo manca a verificarne le condizioni. Anzi, come ora vedremo, lo Stato non deve ingerirsene.

2. Notevole cangiamento portato dalla legislazione italiana, egli è questo: che l'avvocato fiscale, come chiamavasi nel Codice civile albertino (articolo 1034), o il pubblico ministero, stile francese, non può farne la domanda. La ingerenza dello Stato, non essendo del tutto disinteressata è abolita; la legge anteriore si è temperata in favore della libertà. La facoltà è passata all'uffizio spontaneo del pretore di mandamento; è un sistema di protezione che ci rende più tranquilli. Ma c'è anche la istanza, e sarà il caso più frequente, *delle persone interessate*. Persone interessate sono i creditori, i donatari, i legatari, che non aspirano al complesso ereditario, perchè in tal caso dovrebbero agire altrimenti; dovrebbero chiedere la immissione; e allora l'eredità non sarebbe più *giacente*.

La istanza è stragiudiziale; l'interesse deve in qualche modo provarsi, perchè *jus non datur omnibus;* ma basterà ogni tenue segno; l'istante non domanda nulla per sè; il giudice dovrebbe deputare il curatore anche d'ufficio.

(1) « Jacens hæreditas dicitur quæ hæredem nondum habet sed habere sperat; vacans vero quæ nec habet nec habere sperat » (Faber, in *Cod.*).

Parallela a quell'azione è la domanda dei sigilli; ma facilmente si scorge cho la personalità del creditore è in questo caso, a dir così, più accentuata; la obbiettiva è più determinata; e la legge esige condizioni (articolo 848, n. 4), che nell'altro caso non richiede. Del resto la sigillazione del mobiliare, ove sia d'uopo, è uno dei doveri del curatore.

3. La istanza è fatta al pretore del mandamento del luogo dell'aperta successione. Ma il decreto del pretore avrà tutta quella latitudine di effetti che suole in simili casi la nomina di ne tutore e curatore. In qualunque luogo del regno si trovino beni della successione, il curatore farà l'ufficio suo.

4. *In qual momento si verifichi la giacenza della eredità.*

Pongo in fronte a questa ricerca una particolare epigrafe; poichè colla nuova legge segnatamente, non è priva d'interesse.

Secondo il Codice civile albertino (art. 1034), siciliano (articolo 730), francese (articolo 811), la eredità reputavasi giacente, quando, spirati i termini per far l'inventario e deliberare, non si presentasse alcuno ad accettare la eredità, o l'erede non fosse noto, o gli eredi vi avessero rinunziato. Ora il testo suona così: « Quando « l'erede non sia noto, o gli eredi testamen« tari e legittimi abbiano rinunziato, l'eredità « si reputa giacente; e si provvede all'ammi« nistrazione o conservazione dei beni eredi« tari per mezzo di un curatore ».

Pertanto le legislazioni anteriori, dichiarando a quali condizioni potesse un'eredità dirsi giacente, stabilivano eziandio *il tempo* nel quale, *nel maggior numero dei casi*, avrebbe potuto operarsi in conformità di una opinione che non era quella dell'uomo ma della legge che ne aveva espressi i limiti.

Onde si conosca in qual tempo si possa promuovere la domanda pel curatore (il che appartiene all'esame della procedura), è d'uopo valutare la importanza della variazione portata dal Codice civile italiano; e a noi deve bastare, senza occuparci delle altre condizioni, o toccandone di volo per far comprendere la nostra idea. Ma si è io obbligo di spiegare la supposta clausola — *nel maggior numero dei casi.* — È facile. Essendovi la rinunzia degli eredi, non occorreva di più. Non si aspettava passaggio di termini: la eredità era dimostrata giacente col fatto della rinunzia (1).

Ma negli altri casi un intervallo era frapposto dalla legge fra l'apertura della successione e la dichiarazione di giacenza. Questo intervallo era misurato dal tempo che occorreva per far gli inventari e deliberare, un corso cioè di sei mesi (articoli 1014 e 1016 del Codice civile albertino); termine che poteva facilmente ridursi a tre mesi; perchè chi nel primo trimestre non avesse cominciato e anche terminato l'inventario, salvo le proroghe, non avrebbe goduto dell'altro termine a deliberare. A ogni modo, non era lecito ad un creditore, ad un qualunque vantatore di diritti, al fisco, di screditare una eredità col nome di giacente, e di vincolarla ad un'amministrazione giudiziale, senza avere argomenti che facessero credere alla rinunzia o all'abbandono della eredità.

Uno di questi argomenti senza dubbio deve essere il lasso del tempo. L'erede è molto lontano; devono esser giunte sino a lui le notizie opportune. Ancorchè ignori il fatto onde deriva la sua qualità di erede, e non possa affermare il possesso colla forza della sua volontà, il possesso passa *in lui di diritto* (art. 925), e si tratta di privarlo di un possesso quesito quando si nomina un curatore alla eredità giacente (2). E non avremo più regola alcuna per determinare il momento in cui può attuarsi questa grave facoltà? Basterà che un pretore qualunque, colla migliore intenzione del mondo, possa dire: l'erede non mi è noto, non

(1) La rinunzia degli *eredi di primo grado* o degli eredi istituiti nei testamenti, è sufficiente perchè la eredità possa dichiararsi giacente. Così pensano Chabot, Merlin, ed altri autori citati nel nuovo Commentario del Codice civ., Cattaneo e Borda, edito dall'Unione tipografico-editrice torinese (V. anche la sentenza della corte di Torino dell'11 8bre 1833, Bettini, part. II, pag. 716). Sembra dubitarne il Duranton; altri sono decisamente contrari. A noi non appartiene risolvere la questione; ma per chi la volesse sapere, la nostra opinione conferma la tesi posta in principio di quest'Annotazione. Basta accennare quella ragione che suole sempre allegarsi in favore di questa opinione, che cioè non si finirebbe mai più se si dovessero interpellare gli ordini dei parenti l'uno dopo l'altro; e le spese sarebbero senza misura.

(2) Non potendosi esaurire il soggetto, qualche proposizione vera nel punto d'applicazione che viene enunciato, potrebbe non esserlo sotto altri rapporti. L'eredità, anche in istato di giacenza, *personam defuncti sustinere existimatur*: onde l'*usucapio*, cominciata nel defunto, continua e trapassa eziandio per mezzo a quello stato d'inerzia una volta che l'erede legittimo si presenti (L. *Hæres* 22, Dig. de usucap.). È chiaro che qui si parla del possesso materiale e dei comodi che reca, qualunque siano per essere i suoi effetti giuridici.

so chi sia, per dare il possesso dei beni al curatore? Non dovrà provar nulla il sedicente interessato che lo eccita a questo passo?

Non avendo le leggi dettato norme da seguire, ciò che può dirsi di meglio si è, che non hanno potuto stabilirsene *a priori*, e che il giudizio del fatto è rimesso al buon criterio del magistrato.

Ciò che *non è noto*, e rimane ignoto per volontaria e supina ignoranza, non può essere radice di azione legittima; non autorizza il magistrato a procedere in caso nel quale, avendo la cognizione che gli manca, non potrebbe procedere. *Se l'erede è noto*, la eredità non può dichiararsi *giacente*. Ma non si dovrà far nulla per procurarsi quella scienza che non si ha? Anche dopo un giorno dalla morte (poichè ora non abbiamo più termine di sospensione scritto nella legge), si potrà dichiarar giacente la successione perchè non si vede alcuno a comparire, e d'altronde non si conosce se ci sia un erede?

Spingo più oltre le mie indagini. Tutte le leggi che attribuiscono un curatore alla eredità giacente, si mutuano questa frase — *se l'erede non è noto.* Come si traduce questa frase, poichè ha bisogno di traduzione? *Se non è noto* che il defunto abbia dei successibili? Ovvero *se non è noto* che qualcuno di questi successibili voglia accettarla? Voet ha detto: *Hæreditas jacens nullius in bonis est* (1); e noi di questo concetto toglieremo solo quanto basta per concluderne, che nella intima nozione di *eredità giacente* havvi la idea dell'abbandono in cui è lasciata la eredità, o perchè s'ignori di averla, o perchè sapendolo se ne disprezzi l'acquisto. Si crede di sapere che dei successibili ce ne sono; ma non si sa poi se alcuno di essi verrà a raccogliere una credità, certo non troppo allettante. *È noto l'erede* (cioè chi potrebb'esserlo, poichè la legge non esige di più); ma non è noto s'egli vorrà assumere questa qualità. L'una ignoranza equivale all'altra; e sebbene il testo non lo esprima, nell'uno e nell'altro caso il concetto dell'abbandono è legittimo, deve produrre cioè gli stessi effetti (2).

La opinione del magistrato che lo autorizza a dichiarare giacente un'eredità è, come ogni altra, un'opinione ragionevole, un'opinione giustificabile; e deve avere i suoi legittimi fondamenti. È quindi obbligo suo l'illuminarsi sullo stato delle cose. E per ciò fare verrà adoperando, come si suole per assicurarsi dell'assenza di un individuo, col mezzo di pubblicazioni nei giornali, con affissioni nei luoghi opportuni, ecc., onde siano avvisati tutti coloro che possono aver diritto alla successione: e con ciò render attuabile il disposto dell'articolo 980 del Codice civile. Il quale eccitamento abbraccia, come ognun vede, amendue i lati dell'incognita; se vi sia un erede; se essendovi, voglia accettare. Dopo ciò, se niuno risponde, se nulla si muove, noi abbiamo acquistato un grado della cognizione, la *probabilità* che non vi sia persona che voglia accettare la successione; e così dalla ignoranza siamo passati ad un certo stato di scienza, usando dei uno mezzi possibili.

Ma il carattere stesso negativo degli argomenti mostra che non vi è nulla di definito in questa posizione di cose. I successibili di ordine inferiore potranno a loro volta comparire per reclamare l'eredità; ma dovranno escludere con prove dirette il concorso di coloro che avrebbero un grado prevalente, e stabilire in modo positivo il loro diritto.

5. Il nostro articolo 896 parte dal punto in cui ci lascia l'articolo 981 del Codice civile. Non si occupa che della *pubblicazione* del decreto. Le modalità si raccolgono dalla combinazione dei citati due articoli. Tutto questo non esclude le pubblicazioni che devono precedere lo stesso decreto, e fornirgliene il giusto motivo.

Articolo 897.

Il curatore nominato deve, prima di ingerirsi nell'amministrazione, prestare giuramento davanti il pretore di custodire fedelmente i beni dell'eredità, di ren-

(1) .... *et ideo* (continua) *rei hæreditariæ furtum non fit.....* (in lib. XXIX, tit. II, *Pand.*, num. 1). La sentenza era di Giuliano. Come l'erede che possedendo *pro hærede rem alienam* non aveva l'*actio furti*, malgrado la facoltà della usucapione che gli competeva, vale a dire malgrado l'interesse che vi aveva (Leg. 68, 70, Dig. de furtis; così niuno essendo proprietario delle cose che formano la *eredità giacente*, non era concessa per le sottrazioni l'*actio furti:* tutto questo cessò quando il furto fu perseguitato come reato d'azione pubblica.

(2) Chi non sa d'essere erede non *abbandona*, perchè non può avere volontà intorno a ciò che ignora: ma io professai di sopra di riferire questa idea alle cose stesse, in quanto non sono attratte nel circolo delle proprietà e dei possessi dalla volontà dall'uomo.

derne conto sempre che ne sia richiesto, e di amministrare da buon padre di famiglia.

Il cancelliere fa processo verbale del giuramento, che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese e giorno;

2° La data del decreto di nomina del curatore;

3° Il nome e cognome, il domicilio o la residenza dello stesso curatore.

Il processo verbale è sottoscritto dal curatore, dal pretore e dal cancelliere, e unito al decreto di nomina.

Articolo 898.

Nei trenta giorni successivi alla formazione dell'inventario, il curatore deve promuovere la vendita dei mobili secondo le norme stabilite nel capo III di questo titolo.

Se occorra la vendita di beni immobili, di censi o rendite, si osservano egualmente le disposizioni del detto capo.

Annotazioni.

1. Nel sistema francese è stato possibile supporre l'amministrazione e il maneggio di più curatori, e la *loro concorrenza* (art. 999 del Codice di procedura civile). Questo grave inconveniente era prodotto dalla mala costruzione di quella competenza. Ma il legislatore sardo lo aveva prevenuto, determinando unico competente *il tribunale del luogo dell'aperta successione* (articolo 1097) del Codice del 1859). Ora il buon interesse della economia, lo spirito del nuovo sistema che ha dato alla magistratura pretoriale una vera elevazione, ha fatto preferire *il pretore di mandamento del luogo dell'aperta successione*. Avremo dunque, è luogo a sperarlo, un solo curatore alla generalità dei beni. In effetto la questione, se ci fosse, verrebbe a cadere non nella deputazione di più curatori, ugualmente valida, ma sulla ragione stessa della competenza causale. Ed è qui, bisogna confessarlo, che si travede il pericolo. *Quale fu l'ultimo domicilio del defunto, o la sua residenza abituale?* (art. 923 del Codice civile). Più pretori a grandi distanze potranno pretendere a questa giurisdizione; quanto più è ristretta la loro cerchia territoriale, tanto più si darebbe appicco a questioni di questo genere, da risolversi colle leggi generali *sui conflitti di giurisdizione*.

2. L'articolo 982 del Codice civile espone e prescrive le obbligazioni del curatore; esso riceve il suo complemento nei nostri due articoli 896 e 897. Le disposizioni del § III (sezione II, capo III, titolo II, libro III) del Codice civile, riguardanti l'inventario, sono applicabili, ammonisce l'articolo 983 del Codice civile. Questo richiamo si attiene certamente al *modo*, anzichè al *tempo*. Per l'articolo 939 (Codice civile) l'erede che si trova nel possesso ha uno spazio di tre mesi, anche prorogabile, per far l'inventario; il curatore dell'eredità giacente non dovrà più presto seguire le disposizioni dell'art. 281 dello stesso Codice civile? Io ne sono fermamente convinto; la sua posizione è quella di un tutore, non quella di un erede, diversa per tanti rapporti. Perchè i tre mesi? È urgente di procedere alla formazione dell'inventario.

3. L'inventario è la base di ogni amministrazione rappresentativa; ma nel caso presente è soltanto la misura della responsabilità tutoria.

L'*eredità giacente* non è solo un complesso di beni: è una vera eredità, e tale rimane coi suoi caratteri giuridici e coi pesi che la aggravano. Questo ente, comunque impersonale e nelle mani di un curatore, deve rispondere sino alla sua portata economica dei debiti personali e reali del defunto. Obbligo è adunque del curatore di estendere le sue diligenze per tutti i luoghi ove si possano raccogliere attività per far fronte ai debiti; deve adunare in sua mano tutto quanto spettava e fu lasciato dal defunto. Una parola della legge per ricordargli questo suo dovere indeclinabile, dovere di cui dovrà render conto, avrebbe fatto assai bene. Ma insomma l'uffizio suo è questo. L'eredità giacente è un'*eredità beneficiata*. Tostochè il curatore abbia dalla legge facoltà di fare, e ora lo vedremo, egli procede alle vendite e al pagamento dei debiti sino alla concorrenza del valore dei beni.

4. L'articolo 898 suppone l'inventario com-

piuto; il curatore *nel termine di trenta giorni* (spazio del quale dispone secondo la sua prudenza) passa alla vendita dei mobili. *Promuovere la vendita dei mobili* significa ch'egli ne fa istanza al pretore, secondo l'art. 875; non altrimenti se trattasi della vendita degli immobili.

Articolo 899.

Compiuto l'inventario, e decorsi giorni trenta dalla pubblicazione prescritta nell'articolo 896, il curatore può transigere. A questa transazione è applicabile il disposto dell'articolo 881.

Annotazioni.

1. *Della facoltà di transigere.*

Il decreto della nomina del curatore si pubblica ancora nei giornali, si affigge alla porta della pretura, si notifica: altro tempo trascorre, e noi acquistiamo una specie di morale certezza che niuno vuol proprio saperne di quell'eredità. Se il curatore ha l'autorità di *transigere*, ciò suppone nel suo punto culminante l'esercizio del diritto (1).

Il curatore non acquista la podestà di transigere se non dopo l'adempimento di formalità prescritte e uno scorso di tempo.

Compiuto l'inventario. Allora solo si possiede la cognizione sufficiente; si è compresa l'entità del patrimonio; si sono ricevute le manifestazioni dei creditori, le loro proteste, dovendo l'inventario seguire con quelle forme salutari che gli articoli 866 e seg. additarono.

Decorsi giorni trenta dalla pubblicazione, ecc. Questa pubblicazione precede la formazione dell'inventario. *Formato l'inventario, e nei trenta giorni successivi* (dice l'art. 898) *il curatore deve promuovere la vendita*, ecc. Supponiamo che questa operazione sia stata cominciata il giorno dopo la pubblicazione ordinata dall'articolo 896, e condotta a fine in otto giorni. Ebbene nel nono il curatore può procedere alla vendita. Ma non è abilitato *a transigere* se non passati altri ventidue giorni, e così passato il corso di trenta giorni. Sono dunque due termini diversi, quello dell'articolo 898 e quello dell'articolo 899.

2. *Pagati i debiti e purgata l'eredità, a chi devolve l'attività che rimane?*

L'attività rimanente, che costa poco ad immaginare cospicua, forma per se stessa una brillante eredità senza debiti. Continua ad essere *eredità giacente* a disposizione di eredi che verranno a reclamarla: e mancando eredi di ogni maniera, sarà raccolta dallo Stato.

3. *Se il decreto che nomina il curatore all'eredità giacente sia appellabile.*

Secondo il mio modo di vedere, questo decreto non ha carattere propriamente giodiziario, e piuttosto appartiene all'ordine amministrativo, che nell'odierno sistema è così largamente partecipato ai pretori. Difatti si pronunzia eziandio senza istanza di parte e d'ufficio. Ecco dunque un atto che non è una sentenza, che non decide diritti, e nella intenzione almeno, è tutelare di ogni diritto. Chi potrebbe appellare? chi vorrebbe appellare?

Da qualche dottrina (e in questa materia le dottrine sono assai scarse), da qualche decisione francese si potrebbe togliere argomento a ritenere che quel decreto è suscettibile di appello. Pendente un giudizio promosso da eredi condizionali, il tribunale nominava un curatore all'eredità giacente. Propostosi da Carré il quesito, egli rispose che il decreto doveva considerarsi interlocutorio (non preparatorio), e quindi appellabile, poichè per esso era arrecato non lieve pregiudizio agli eredi (quest. 3244, corte di Torino, 13 aprile 1807). Siamo d'accordo. Ma come si vede dalla fattispecie, trattavasi di un interlocutorio pronunciato in pendenza di un giudizio principale.

Tornando al quesito nostro, a noi pare invece che il decreto sia capace di *reclamo*, secondo l'articolo 782.

Potrebbe anche sfuggirsi il reclamo da chi muovesse regolarmente la *petitio hæreditatis* avanti il magistrato competente; finalmente lo stesso giudice, non essendoci di mezzo questioni, potrebbe dichiarare risoluto il proprio decreto e all'erede che giustifica coi documenti la propria qualità, permettere il possesso dei beni.

(1) La transazione non può essere giammai in verun caso atto d'amministrazione; o almeno atto necessario, come talvolta la vendita degli stessi immobili, per soddisfare ai debiti urgenti. La volontà, arbitrante sui propri e sugli altrui diritti, vi è sempre autonoma.

CAPO VI.

DELLA SEPARAZIONE DEI BENI MOBILI DEL DEFUNTO DA QUELLI DELL'EREDE.

Articolo 900.

La domanda di separazione dei beni mobili, di cui nell'art. 2059 del Codice civile, si propone contro l'erede o altro rappresentante legittimo dell'eredità, davanti il pretore del mandamento in cui si aprì la successione, se il valore dei mobili non ecceda lire millecinquecento, e, se ecceda, davanti il tribunale civile con citazione in via sommaria.

Articolo 901.

L'autorità giudiziaria che pronunzia la separazione ordina l'inventario dei beni mobili se non sia ancora fatto, e dà i provvedimenti necessari per la loro conservazione.

Annotazioni.

1. **Nozioni generali.** — « La separazione « dei patrimoni è un benefizio legale, in virtù « del quale ogni creditore di una successione « ed ogni legatario, adempiendo a date con« dizioni, è autorizzato a far cessare la confu« sione giuridica del patrimonio del defunto « con quello dell'erede, a fine di sottrarsi al « pregiudizio che tale confusione avrebbe po« tuto occasionargli » (Zachariæ, edizione di Napoli, 1851).

Questo teorema giuridico è noto ed anche molto antico. Nel titolo del Digesto *de separationibus* (lib. XLII, tit. VII), e massime in quel vasto frammento di Ulpiano, che ne forma la prima legge, la dottrina *della separazione* è largamente tratteggiata; i moderni non hanno fatto che riassumerlo con una brevità che fa sentire il bisogno di ricorrere alla scienza ogni volta che si tratti di applicarne i principii (1). È dovuto al Codice civile italiano uno sviluppo più conveniente anche dal lato pratico. Non si era mai detto così chiaramente nei codici che « la separazione ha per oggetto il soddisfa« cimento, col patrimonio del defunto, dei cre« ditori di lui e dei legatari che l'hanno do« mandata, preferibilmente ai creditori del« l'erede » (articolo 2053). Sono regolamenti dei quali era sentita la necessità quelli che vengono stanziati nei successivi articoli, alcuni dei quali contengono norme di procedura. « Il « diritto alla separazione non può esercitarsi « che nel termine perentorio di tre mesi dal « giorno dell'aperta successione » (art. 2057). « Il diritto alla separazione riguardo ai mobili « si esercita col farne la domanda giudiziale » (articolo 2059). L'articolo 2060 riguarda la forma della iscrizione che può prendersi sugli immobili della eredità. Poi l'articolo 2061: « Riguardo ai mobili già alienati dall'erede, il « diritto alla separazione comprende soltanto « il prezzo non ancora pagato ».

Noi dobbiamo trascorrere assai rapidamente su questo titolo, che è larga materia agli illustratori del Codice civile ma per noi si limita ai due brevi ordinamenti che qui vediamo. Restringiamoci al nostro tema.

2. *Dei modi coi quali si effettua la separazione.*

Checchè fosse in altre pratiche e in altri tempi, la *separazione dei patrimoni* non si ef-

(1) Codice Napoleone, articoli 878, 897; Codice siciliano, articoli 798, 799; Codice civile albertino, articoli 1100, 1101, 1102, 1103. Già il concetto cominciava, per dir così, ad estrinsecarsi nel Codice civile albertino.

fettua *ipso jure:* è un diritto che, dopo un certo tempo, non è più esercibile (art. 2057 del Codice civile), e si esercita in vario modo. *La separazione dei mobili si domanda con citazione;* quella degl'immobili si fa *mediante iscrizione.* L'ipoteca è supremamente separatista; la sua linea di demarcazione è scolpita nel bronzo: l'articolo 2060 ingiunge tali dichiarazioni e così opportune, che l'effetto che si ha in vista, è nel miglior modo possibile ottenuto. « La iscrizione si eseguisce nei « modi determinati dall'art. 1987, aggiungen- « dovi *il nome del defunto, quello dell'erede « se è conosciuto* (1), *e la dichiarazione che « viene presa a titolo di separazione dei due « patrimoni* ».

3. *Identificazione dei mobili.*

Quella dei mobili è pure una separazione ideale, poichè non si tolgono in effetto i mobili dalle mani e dall'uso che gli eredi hanno diritto di farne per metterli nel fondo di qualche magazzino in aspettazione di un giudizio che decida della loro sorte. Si deve poter dedurre da un esatto inventario e descrizione dei mobili quali individui appartengano alla eredità e quali no; si deve accertare sufficientemente la loro esistenza e identità onde, al bisogno, i creditori del defunto che si trovino in concorso coi creditori dell'erede, abbiano il mezzo di far valere il loro privilegio. A questo bisogno risponde e provvede il nostro art. 901, attesochè *l'autorità giudiziaria ordina l'inventario dei beni mobili se non fosse ancor fatto* (2). Se l'inventario è fatto, se è esatto e recente, ci terremo a quello (per causa di economia). Poi nella sentenza stessa, o in allegato ad essa assolutamente congiunto, saranno trasportate quelle parti dell'inventario che descrivono i mobili ereditari, quei mobili sui quali o sul prezzo dei quali i creditori ereditari avranno la preferenza.

4. *Dei provvedimenti per la conservazione dei mobili, secondo l'articolo* 901.

Insistendo alquanto *sull'argomento dei mobili e dei beni mobili,* noi facciamo qui una ricerca praticamente interessante.

Fra i requisiti necessari all'esercizio efficace del suddetto privilegio, havvi questo, che, in altre parole può dirsi la materia del diritto, *che il mobile sia nelle mani del debitore,* o *il prezzo non sia ancora distribuito.* Mi giovo di un passo acconcio del Duranton: « Bien mieux « le droit de créditeur ne peut être exercé « même pendant les trois ans (article 880 del « Codice Napoleone) *qu'autant que les meubles « sont encore dans la main de l'héritier;* puisque « d'après l'article 880 c'est en général une « condition requise pour qu'il puisse exercer « à l'égard des immeubles eux-mêmes (3). En « principe les meubles n'ont pas de suite, « même par droit de propriété, *parceque, en « fait de meubles la possession vaut titre* (ar- « ticolo 2279) (4), et ils n'en ont jamais par « simple droit d'hypothèque » (*Des successions,* num. 483).

Che gioverebbe pertanto al creditore della eredità la più bella e nitida descrizione di quei mobili, se alienati dal loro proprietario, acquistati in buona fede dai terzi, non fosse lecito rivendicarli dalle loro mani?

La nostra legislazione giudiziaria ha fatto un passo avanti sulle precedenti, che non hanno il menomo riscontro a questo subbietto; e la procedura è venuta come in sussidio dei creditori onde la loro diligenza per cautelarsi non torni in certo modo illusoria.

Come le altre legislazioni, non si contenta di una enumerazione e descrizione dei mobili (che del resto non possono tenersi lungo tempo sotto i sigilli, come i vini preziosi); ma pensa eziandio alla loro conservazione e custodia. « L'autorità giudiziaria, dice l'articolo 901, « *dà i provvedimenti necessari alla loro con- « servazione* ». Il perspicace redattore, conoscendo che lo svanire dei mobili farebbe andar all'aria il privilegio, volle che al giudice fosse attribuita una facoltà tanto più riflessibile in quanto non si vede ristretta da veruna condizione.

Ma l'autorità giudiziaria potrà forse usarne in un modo qualunque, ad arbitrio; o dovrà essere guidata da criteri giuridici? Ogni creditore che insiste *per la separazione,* ha eguale diritto a provocare misure conservatorie? Quando e come saranno possibili? Quali saranno queste misure conservatorie? È una

(1) Ciò è degno di rimarco. L'azione ipotecaria non potrà effettivamente esercitarsi se non in confronto dell'erede o di un rappresentante dell'eredità, fosse pure il curatore della eredità giacente; ma la iscrizione, atto cautelorio, non ha bisogno che del nome del defunto. Solamente la *notorietà* della esistenza di un erede, può mettere in pericolo la validità della iscrizione.

(2) Avvertite: non dei *mobili* soltanto, ma dei *beni mobili,* e quindi dei diritti che eravamo soliti di chiamare incorporali, dei crediti, delle azioni, ecc.

(3) Quanto agli immobili, parleremo un po' più avanti.

(4) Al quale corrisponde l'articolo 707 del nostro Codice civile collocato in miglior sede.

legge nuova, che si compone di una sola frase molto generica, e non ci porge il menomo aiuto per bene intenderla e applicarla.

La legge sembra sfuggire dai limiti che le impone la scienza, e lascia al magistrato l'ardua cura di distinguerli. Vuolsi in prima sapere *se l'erede possa mai nulla alienare dei beni mobili del patrimonio del defunto dopo la separazione*. Se l'erede è colpito d'indisponibilità, allora s'intende che il giudice potrà mettere sotto custodia e sequestro tutti i beni mobili, pel fatto puro e semplice dell'accordata separazione del patrimoni.

A tale conclusione però si contrappone un primo e potentissimo argomento.

Il benefizio della separazione dei patrimoni è dato a tutti i creditori, a tutti i legatari senza eccezione. « *I creditori condizionali e a* « *termine* (dice Zachariæ) *possono prevalersene al pari di quelli il cui credito sia at*« *tualmente esigibile;* i creditori portatori di « atti privati al pari di quelli che siano por« tatori di atti autentici » (t. II, § 618, traduzione napoletana). E risponde perfettamente alla dottrina del diritto romano, spiegata da Voet (titolo *De separat.*, n° 2). Però l'azione di separazione è detta *universale*, quasi nell'interesse del corpo dei creditori del defunto, anzichè dei singoli individui.

Creditori adunque solo *in spe*, come i condizionali, potrebbero non esserlo mai in atto; creditori a termine, e quindi non ancora creditori, potranno domandare, *nunc pro tunc*, il sequestro dei beni mobili ereditari, il che equivale al diritto di farli vendere con deposito del prezzo vincolato ai loro titoli? Prima della istanza di separazione, l'erede può disporre dei mobili ereditari, testimonio l'articolo 2061 del Codice civile: « Riguardo *ai mo*« *bili già alienati dall'erede*, il diritto della se« parazione comprende soltanto il prezzo non « ancora pagato ». Vero è che allora l'erede può dirsi in buona fede; e dopo la istanza di separazione la sua buona fede diverrà assai dubbia. Ma quale ne sarà la conseguenza? Che l'erede diverrà e sarà contato responsabile nei beni suoi propri dell'importo dei mobili venduti.

Secondo una dottrina, che deriva dalle pure sorgenti del diritto romano (1), la domanda di separazione inchiude la rinuncia al diritto di perseguitare i beni propri dell'erede; ond'è che qualche volta si fa un cattivo calcolo, e si perde invece di guadagnare. A ogni modo, l'erede risponde del valore alienato coi propri beni. Ecco l'effetto della separazione quanto ai beni mobili, essendo agli immobili, come ora vedremo, statuite regole correlative. La *separazione* partorisce un fenomeno assai rimarchevole: l'erede, quantunque puro, sarebbe ridotto, a tutto suo vantaggio, alla condizione di erede beneficiato, dato che l'antica teorica, di cui diedi or ora un cenno e che potrai vedere in Voet e in tutti gli interpreti più dogmatici, regga ancora in confronto del diritto moderno: approfondire il quale argomento spetta agli illustratori del Codice civile. Nello stato ordinario delle cose, i creditori e i legatari che non hanno titoli prontamente eseguibili, denno tenersi paghi a quest'azione.

Ed eccoci rientrati nella disposizione del l'articolo 901.

Si ordina l'*inventario dei beni mobili* (se non fu fatto): il giudice *dà i provvedimenti necessari per la loro conservazione*. L'erede può trovarsi in condizioni economiche per le quali possa bastare la dichiarazione ch'egli sottoporrà all'inventario, di riconoscere quei beni come pertinenti alla eredità, e di rispondere del valore verso i creditori del defunto. Ma dipende dalle circostanze. Se la massa dei debiti, in confronto dell'asse ereditario, faccia concepire seri timori; o si presentino titoli di crediti scaduti, legati che devono senza indugio soddisfarsi: in una parola, il giudice, *causa cognita*, sia persuaso che si versi in contingenze che reclamano i provvedimenti conservatorii che la legge lascia in facoltà sua, egli può usarne, egli deve usarne; destinare dei custodi, ed anche ordinare la vendita dei mobili a soddisfazione dei creditori.

Ciò diciamo non solo dei mobili, ma eziandio delle azioni e dei crediti che vengono in questa categoria.

Il giudizio di separazione si fa in confronto dell'erede; ma si deve avvertire che i creditori di lui hanno diritto d'intervento, diritto di opposizione, onde la separazione non si faccia in frode e con loro danno (Duranton, *Des successions*, n° 504).

5. *Degl'immobili.*

Qui il discorso non sarà lungo. L'art. 2060 del Codice civile ci spiega il modo con cui si esercita la separazione rispetto agli immobili.

---

(1) Leg. 1, Dig. de separation.: « Item sciendum « est, vulgo placere, creditores quidem hæredis, si « quæ supersint ex bonis testatoris, posse habere « in suum debitum; *creditores vero testatoris ex bonis* « *hæredis nihil* ». E seguitando, Ulpiano ne dà la ragione.

« Lo stesso diritto riguardo agli immobili si « esercita *mediante l'iscrizione del credito* o *del* « *legato* sopra ciascuno degli immobili stessi « presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in « cui sono situati ». E prosegue il detto articolo insegnando la forma. Poi nell'art. 2062 si mette in tutto il suo rilievo l'efficacia di questa iscrizione. « Le ipoteche iscritte sugli immo- « bili dell'eredità a favore dei creditori del- « l'erede e le alienazioni anche trascritte degli « immobili stessi, *non pregiudicano in verun* « *modo ai diritti dei creditori del defunto e dei* « *legatari*, che ottennero la separazione nel- « l'anzidetto termine di tre mesi ».

Quantunque alienato l'immobile, e sempre-chè non sia decorso il termine, il diritto può iscriversi; è noto che nel Codice Napoleone era disposto altrimenti (articolo 880). Il privilegio dell'erede del defunto primeggiando i diritti dei creditori dell'erede o alienatari, non ha quindi per condizione che l'immobile si trovi ancora in mano dell'erede.

Si dubitò altre volte se fosse d'uopo far precedere alla iscrizione una domanda giudiziale di separazione. L'opinione già professata da Merlin e da Chabot fu con tutto senno respinta dal Duranton (*Des successions*, n° 488). Il nostro articolo 2060 ha una dizione potente ad escludere persino il dubbio. *La separazione si esercita* MEDIANTE *l'iscrizione*, mentre in ordine ai mobili diceva che deve farsi la *domanda giudiziale*.

TITOLO IX.

DELL'OFFERTA DI PAGAMENTO E DEL DEPOSITO.

Articolo 902.

Le offerte reali si fanno col mezzo di notaro, o di usciere, o del cancelliere della pretura.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — Noi non abbiamo a parlare che dell'*offerta reale* e dentro i limiti della procedura, cioè per quanto è la forma. L'*offerta reale* ha la sua radicale sistemazione nel Codice civile (articoli 2159 e seg.). « Quando il creditore *ricusa di ricevere il pa-* « *gamento*, il debitore può ottenere la sua li- « berazione mediante l'offerta reale e il sus- « seguente deposito della cosa dovuta ». L'offerta reale *habet vim solutionis*; imperocchè *pro soluto id quod creditor accipiendo moram fecit, oportet esse* (Leg. 72, Dig. de solution.). Il debitore ha fatto quel che poteva. Se il creditore non accetta, non vi ha pagamento neppure ad eseguito deposito; ma non si guarda che all'effetto, la *liberazione del debitore*. Anzi può bene accadere che il pagamento non si verifichi punto, supponendo che la somma, appresso regolare deposito, vada dispersa. Allora il sottilo ingegno dei giureconsulti romani suggerì la eccezione *doli mali*. « Qui decem « debet, si ea obtulerit creditori, et ille *sine* « *justa causa* ea accipere recusavit, deinde ea « debitor sine sua culpa perdiderit, doli mali « exceptione potest se tueri, *quamquam ali-* « *quando interpellatus non solverit;* etenim « non est æquum teneri pecunia amissa, quia « non teneretur si creditor accipere voluisset » (Leg. 72, suddetta).

Ho riportato questo frammento per mettere in rilievo le due obbiezioni che contiene, la prima delle quali è risolta a favore del creditore, la seconda contro di lui. Il creditore può avere delle ragioni per non ricevere il pagamento; può eziandio ripudiare la qualità di creditore che in suo danno gli viene attribuita. Chi si reputa proprietario definitivo può avere *justam causam* di non ricevere il pagamento che gli si offre, se con questo si intende di riscattare il fondo. Se il mutuo non è scaduto, si rifiuta il pagamento della somma capitale, sostenendo che gli interessi abbiano a decorrere tuttavia sino al fine. Perciò il citato articolo 2159 dice semplicemente, il cre-

ditore *può liberarsi;* e non ch'egli ottenga sempre questo effetto, molto meno che sforzandosi a pagare, egli eserciti sempre un diritto, o adempia ad una condizione per acquistare dei diritti, come sarebbe quella del riscatto. Queste idee vanno a coordinarsi coll'interessante articolo che viene appresso.

La prefata legge scioglie a favore del debitore una seconda obbiezione che potrebbe farsi. Il debitore più e più volte interpellato anche per le vie giudiziali, *non solvit;* l'offerta reale torna tuttavia efficace, alla condizione però che il debitore sia ancora a tempo di pagare, che non sia colpito da decadenza, che il creditore non abbia spinti gli atti esecutivi al segno che il pagamento fatto a lui non basti a liberare la proprietà oppignorata; nel qual caso potrebbesi ad ogni modo imporre l'offerta reale quando non contenesse incongrue condizioni (1).

2. *Della offerta reale fatta all'udienza.*

Tizio citato a pagare una somma si presenta di persona, o per mezzo di procuratore specialmente autorizzato, e depone sul tavolo del cancelliere la somma colle spese. È valida un'offerta fatta in tal guisa? Essa sarebbe una nuova specie non considerata dal Codice di procedura; più comoda, meno dispendiosa, e direi quasi più naturale (2).

Questo modo di offrire il pagamento è approvato dalla giurisprudenza cassazione francese, 2 luglio 1835, *Journal Avoué*, t. XLIX, pag. 718; Chauveau in Carré, qu. 2783 bis; Toullier, tom. VII, num. 199; senato di Genova, 2 dicembre 1831, Gervasoni, pag. 420). Sono per altro condizioni indispensabili: 1° la presenza del creditore; 2° che il creditore sia capace di esigere e fare quietanza. E difatti, queste due condizioni esistendo, *nel rapporto estrinseco*, null'altro manca all'adempimento delle prescrizioni legali per la validità della offerta (3).

3. *Dell'offerta verbale* o *labiale.*

La obbiettiva dell'offerta reale è determinata: *liberarsi dalla obbligazione che consiste nel dare.* Le offerte che hanno un'altra ragione di essere, che non mancano pur esse di effetti giuridici, non avendo una funzione così precisa, un carattere così distinto, sfuggono alla sistemazione del Codice, e quasi alla sua memoria.

Chi volesse svolgere il tema delle offerte verbali, quando e come siano munite di efficacia, quando siano possibili, sino a qual punto siano utili, proporre insomma una teoria delle offerte verbali, dedotta più che altro dal fondo stesso della pratica e dal vivo tesoro della giurisprudenza, tenterebbe cosa meritevole e nuova sotto l'aspetto scientifico. Noi, costretti a delineare piuttostochè ad approfondire le questioni, e nondimeno oltrepassando il segno da prima prefisso, non faremo che sorvolare sull'argomento.

Intanto ci tarda a stabilire che l'offerta reale non può mai essere supplita nel genere suo dalla verbale, *neppure ricusante il creditore di voler mai ricevere il pagamento* che verbalmente gli si offre. Fu questa una delle più gravi questioni del vecchio fôro, e della sentenza affermativa furono partigiani Baldo, Ancarano, Ripa, Pacificus (*De salv. interd. Inspect.*, V, c. 1), Barbosa (in Leg. si mora, Dig. solut. matr.), ed altri gravissimi giureconsulti. La contraria, più solida per certo, ma allora meno accreditata, si fondava su queste tre ragioni: 1° Essendo l'offerta verbale essenzialmente invalida a produrre l'effetto del pagamento, il creditore che non se ne appaga, agisce in conformità del proprio diritto, e non reca a se stesso alcun pregiudizio. Inoltre, io aggiungo, bisogna lasciare alla risoluzione o affermativa o negativa del creditore tutto quel tempo che è prefisso dalla legge; cioè sino all'*atto* dell'offerta reale; 2° La legge dispone tassativamente e imperativamente, che l'offerta dev'essere reale, susseguita dal deposito (Leg. 19, Cod. de usur.); 3° Un altro testo (il frammento 72, Dig. de solut. sopracitato), secondo la interpretazione del Castrense, dichiara non costituirsi in mora

(1) Se il debitore ponesse nell'atto di offerta reale la condizione di *liberarsi con ciò dalla esecuzione*, la offerta sarebbe nulla; non così se offrisse puramente e semplicemente la somma del debito. *Sulle condizioni della offerta*, vedi il commento all'articolo seguente.

(2) Nelle cause pecuniarie di poca entità, avanti ai conciliatori e pretori, questo modo è anche frequente; se il creditore presente riceve la somma, tutto è finito: la difficoltà sta sempre quando egli ricusi.

(3) « Qui ante solutionem egit pignoratitia, licet « non recte egit, *tamen si offeret in judicio pecuniam*, « debet rem pignoratam, et quod sua interest con- « sequi » (Leg. 9, Dig. de pignor. act., § ult). Bartolo, il grande divinatore, trasse a questo senso le parole del testo; ad ogni modo la teoria, per sè ragionevole, della offerta, *coram judice*, venne assicurata (Golofredo, in Leg. *Si ita hæres*, Dig. de condit. Istitut.; Jaso, in Leg. *Qui Romae*, Dig. de V. O , ecc.).

il creditore se non colla offerta reale. E noi, senza più, seguiamo questa opinione, tenendoci al primo inconcusso fondamento, essendo gli altri due, si può dire, la dimostrazione del primo.

Ma la offerta reale non essendo possibile che di *cose mobili*, la offerta verbale è propria alla consegna degli immobili, *quia lex ad impossibilia non obligat*. La offerta verbale talvolta involve una confessione (e ha per ciò stesso un effetto giuridico); ammissibile se trattisi di cose che non possono presentarsi al momento, per esempio di documenti da consegnarsi, di un conto da esibirsi, di giustificazioni da farsi.

La offerta verbale vale ancora a respingere la mora quando il pagamento non può eseguirsi per fatto della parte contraria. Abbiamo un magnifico testo (Leg. si residuum 5, Cod. de distrah. pign.) applicato dagli interpreti al caso specialmente dei crediti illiquidi, i quali senza il concorso dell'avversario, che ingiustamente si ricusa, non possano accertarsi (1).

La offerta verbale suol farsi quando è incerta la somma, o quando quella chiesta dai contrari ci sembra esagerata, indebita. Un terzo possessore si *offre pronto* a pagare la somma per cui è molestato, semprechè sia giusta e bene accertata. Formando con ciò un precedente giuridico nella causa a sè dannoso, il giudice ne tiene conto in aggravio, e nello stesso tempo sente il dovere di portare la sua attenzione sulla quantità che si domanda per ridurla al giusto.

E credo di dover chiudere questa breve escursione intesa solo a mostrare che l'offerta verbale è pure un atto giuridico; ha valore che molto deriva, egli è vero, dalle circostanze; ma nello sviluppo dei giudizi riceve estimazione non rara e non indifferente, massime nelle questioni in cui la buona fede è un elemento notevole a risolverle.

Articolo 903.

L'uffiziale che procede all'offerta ne fa processo verbale, che deve contenere:

1° L'indicazione del giorno, del mese, dell'anno e del luogo in cui si fa l'offerta;

2° Il nome e cognome dell'uffiziale procedente, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto, o della residenza in cui esercita le funzioni di notaro;

3° Il nome e cognome, la residenza o il domicilio della persona nell'interesse della quale si fa l'offerta, e della persona a cui l'offerta è fatta, indicando se questa sia stata presente all'atto;

4° Il numero e la qualità delle monete, se si offra danaro;

5° La designazione della cosa, se non sia danaro, in modo da impedirne lo scambio;

6° L'indicazione delle condizioni dell'offerta, se sia condizionata;

7° L'atto di notificazione del pignoramento o sequestro, se la cosa offerta vi sia soggetta;

8° La risposta del creditore, la sua accettazione o il suo rifiuto, e le ragioni di questo;

9° Nel caso di accettazione, la menzione del pagamento o della consegna della cosa, la quitanza fatta dal creditore, e, se d'uopo, la menzione della restituzione del titolo di credito;

10° La sottoscrizione del creditore o la sua dichiarazione in proposito, e la sottoscrizione dell'uffiziale procedente;

Annotazioni.

1. *Luogo dell'offerta* (num. 1).

a) « Il pagamento deve farsi nel luogo « fissato nel contratto. Non essendo fissato il « luogo, e trattandosi di cosa certa o determi-

(1) Secondo un'opinione appoggiata nella Leg. *Statu*, liber 5, Dig. de statu lib., si dovrebbe dare una cauzione.

« nata, il pagamento deve farsi nel luogo ove « al tempo del contratto si trovava la cosa che « ne forma l'oggetto. — Fuori di questi casi, « il pagamento si deve fare al domicilio del « debitore, salvo ciò che è stabilito nell'arti- « colo 1508 » (1) articolo 1249 del Codice civile).

Questa è la regola generale dei pagamenti spontaneamente accettati (2). Ma nell'articolo 1260, num. 6, una speciale e diversa è statuita alle offerte reali « quando non vi sia « convenzione speciale riguardo al luogo del « pagamento, che sia fatta (la offerta reale) « *alla persona del creditore* o *al suo domicilio*, « o a quello scelto per la esecuzione del con- « tratto ». In questo caso il creditore è veramente il convenuto, e deve goderne i vantaggi.

b) Il luogo sarà il domicilio dello stesso creditore (3), come spiega il trascritto num. 6 dell'articolo 1260, ove non sia quello determinato dal contratto, *locus solutionis*, che ha sempre la preferenza. Se il creditore non sarà sul luogo per ricevere la consegna, non è imputabile al debitore.

c) Se l'oggetto, certo e determinato nella sua individualità, dev'essere consegnato in un dato luogo, *diverso da quello in cui si trova*, il debitore lo farà trasportare colà (4); ed essendo quel luogo stabilito alla esecuzione del contratto, ciò devo tenersi compreso nella generalità dell'articolo 2160, num. 6.

L'art. 1266 si occupa di un caso che sfugge alla regola comune. È un corpo determinato,e *dev'esser consegnato nel luogo in cui si trova*. Intendiamoci. Non nel luogo ove si trova a capriccio e volontà del debitore; ma essendo pur questo *locus solutionis*, è stanziato dal contratto. Ho venduto un quadro della mia pinacoteca, io debbo consegnarlo, ma nella mia stessa pinacoteca. Io non debbo trasportarlo in verun luogo; io non debbo andar cercando il compratore; egli deve venir da me in casa mia. È un fatto a cui io non lo posso costringere: solo io debbo star pronto per la consegna. La mia intimazione è semplicemente di trasportarlo. E s'egli non viene o non invia persona autorizzata a prenderne la consegna e *trasportare il quadro* (s'intende da casa mia) io posso chiedere al giudice *la permissione di depositarlo in altro luogo*.

d) *Se nel luogo convenuto il creditore non ha eletto domicilio*, onde io non posso consegnare la somma o la cosa, pensa Toullier, che debba esser citato avanti il suo giudice naturale onde procedere alla elezione del domicilio, altrimenti possa farsi immediatamente il deposito. Altri mettono avanti spedienti diversi (Delvincourt, tom. II, pag. 129, nota 3; Bioche e Goviet, *Offres réelles*, n° 45; Duranton, tom. XII, n° 2111. Io fermamente credo, prescindendo da altre opinioni anche meno solide, che il debitore, verificato che il creditore non ha eletto domicilio nel luogo del pagamento (il che deve da lui provarsi) possa valersi del diritto di fare la offerta al domicilio reale del creditore (5).

Fu avvisato nel *Commentario del Codice sardo del* 1854 (vol. V, part. II, n° 34) l'equivoco che può nascere da quella dizione poco schiarita della legge alla *persona o domicilio*, quasichè, come può farsi di una citazione che si consegna anche *in mani proprie della persona*, secondo la frase famigliare al nostro Codice, così possa esibirsi alla stessa persona rinvenuta fuori del suo domicilio la cosa che ha diritto di avere, malgrado potesse tornargli assai incomodo il riceverla: se fosse, per grazia d'esempio, costituita di una greggia di buoi o di pecore che non si potesse comodamente allogare. Ma è questo un equivoco, oppure la legge permette di offrire la cosa dovuta alla persona direttamente, anche fuori del suo domicilio? *Hoc est videndum*. Se la cosa avesse l'aspetto di una commedia o di voler forzare il creditore, e non fosse senza uno scopo maligno, io credo bene che l'offerta potrebbe anche aversi come non fatta. Ma se trattasi di una somma di danaro, perchè non potrà esibirsi al creditore in un luogo qualunque e congruo, anche fuori della sua consueta sede di abitazione, allo scopo di assicurarsi della sua accettazione o del suo rifiuto? Invero io non trovo che ciò si possa dire non conforme alla legge (6).

(1) Relativo al pagamento del prezzo della vendita.

(2) Il debitore deve tener pronta il giorno della scadenza la somma in casa propria; il creditore manda a ritirarla, porgendo quietanza: se la somma non si trovasse pronta, il debitore sarebbe in mora. Dopo quel giorno, per liberarsi dalla mora, o per avere un categorico rifiuto, il debitore dovrà inviare la somma a casa del creditore.

(3) Per domicilio intendi la *residenza* del creditore, colle gradazioni dell'articolo 139.

(4) Si è venduto un quadro che dovrà essere consegnato alla quadreria del sig. N. N., compratore.

(5) Se la consegna deve farsi a persona nominata in luogo stabilito, o ad un corpo morale, ad un istituto, non si ricercherà il domicilio del creditore, ma si eseguirà alla persona del capo e rappresentante.

(6) Secondo l'antica pratica, la offerta doveva farsi *loco et tempore congruo*. Nel linguaggio del diritto, *locus congruus* intendevasi *locus conventus*

e) Se il creditore non ha domicilio nello Stato.

Si sarebbe creduto di trovare nel nuovo Codice una soluzione ad un quesito che travaglia ancora la giurisprudenza.

Se il luogo del pagamento è stanziato, dovendosi in quello fare la offerta, il domicilio personale o reale del creditore diventa indifferente, se non in quanto le relative intimazioni verranno eseguite al modo degli esteri.

La difficoltà consiste qualora l'offerta debba effettuarsi alla *persona* o al *domicilio*, non essendo determinato il luogo del pagamento.

Il Chauveau si è fatto ad esaminare questa precisa questione (in Carré, quest. 2191 bis); e trae argomento principalmente dall'art. 69, num. 8, della procedura francese, nel quale si pone, che gli stranieri, o coloro che non hanno domicilio o dimora conosciuta nello Stato, sono citati *mediante affissione*, consegnandosi *una copia dell'atto al regio procuratore*. Egli crede questo disposto estensibile alle offerte reali, ritiene valida l'offerta eseguita *au parquet du procureur du roi*; o che l'assenza del creditore sia da interpretarsi legalmente come un rifiuto, sicchè possa il debitore fare indi passaggio al deposito. Questa opinione è pure seguita dall'egregio giureconsulto che dettò nel *Commentario al Codice sardo* il nº 36 del vol. V, part. II.

Se io non prendo errore, in questa soluzione non si distingue, anzi, bisogna pur dirlo, si confonde *il modo di notificare la citazione cogli atti di esecuzione di un contratto*. Ma vi è di più. Si attribuisce al procuratore regio una funzione che non gli appartiene secondo il Codice francese, molto meno gli appartiene secondo il nostro. Presso di noi il pubblico ministero, citandosi persona *che non ha residenza, domicilio o dimora nel regno*, riceve dalle mani dell'usciere *una copia della citazione da trasmettere al ministro degli affari esteri* (articoli 141, 142). Il pubblico ministero in questo caso non fa altro uffizio che *di mezzo sicuro ed autorevole di comunicazione*, onde agevolare all'estero od assente la notizia della citazione medesima. Non posso immaginare come al seggio del procuratore del re debba eseguirsi una offerta reale, perchè non intendo come, in mancanza di ogni altro domicilio espresso, sia quello il domicilio *tacitamente eletto dalle parti* (poichè a questo bisogna venire) onde effettuare un pagamento; nè conosco legge, che attribuisca al procuratore del re questa funzione.

Io credo che il quesito debba sciogliersi in altro modo, e la chiave si troverà nella Sezione IV del capo I, Titolo II, Libro I, sulla competenza dei nostri tribunali rimpetto agli stranieri. Quantunque nel caso che esaminiamo possa non trattarsi di *straniero*, ma di un cittadino assente, la soluzione abbraccierà così amendue le ipotesi, e applicata al caso più grave, risponderà di leggieri a quello che può sembrare meno grave.

In questa controversia noi supponiamo un fatto giuridico che deve servirci, come di leva, a risolverla. Quello, assente o straniero, ha fatto con me un contratto, la cui esecuzione è nel regno. Io sono il debitore del mutuo e degli interessi del mutuo, i quali pago al *mio domicilio* conosciuto e certo che è nel regno italiano. Quando in mi faccio attore, giacchè voi creditore vi ricusate di ricevere il debito, o non vi prestate (che poi è lo stesso) a ritirare la somma capitale del mutuo affinchè io continui a pagare gli interessi, il che è ingiusto, devo bensì trattarvi *come un convenuto*, e aver riguardo al vostro domicilio, e invocare la giurisdizione che vi compete in ragione di territorio, *ma alla condizione che ne abbiate uno nel regno*, ove io possa eseguire l'offerta reale secondo il mio diritto. Che i tribunali nazionali siano in genere competenti, egli è certissimo secondo l'art. 105, mentre *la obbligazione è contratta nel regno, o deve aver esecuzione nel regno*. Quale sarà in ispecie il tribunale competente, poichè la questione del *locus solutionis* e quello della competenza si risolvono ad un tratto?

Lo stesso domicilio del debitore, che è il luogo ordinario del pagamento, sarà quello in cui potrà farsi la offerta reale. Per analogia dell'articolo 1266 del Codice civile, sarà premessa la intimazione di ricevere il danaro, gli argenti, gli oggetti, e *trasportarli*, altrimenti sarà lecito farne il deposito. L'art. 107 della procedura appoggia fortemente questa risoluzione; quello difatti va ad essere il tribunale a cui sarà portata ogni controversia in relazione al seguente articolo 108, e parmi che per ogni parte si armonizzi assai bene colla legge.

2. *Intorno ai numeri 4º e 5º dell'art.* 903.

(Leg. 9, Cod. de obsign.). Ma fuori di là poteva farsi alla casa, o in altro luogo qualunque, purchè onesto; e quando il *locus* dovesse dirsi *inhonestus*, era rimesso all'arbitrio del giudice (Menochius, *De arbitr.*, cas. 232, num. 9).

La obbligazione di dare cose mobili (materia esclusiva delle offerte reali) può essere di tre maniere. O riguarda un *oggetto determinato*: la stessa cosa deve darsi, il creditore « non può essere costretto a riceverne una diversa » (articolo 1243 del Codice civile). O riguarda cose di *genere determinato* (grano, olio), io debbo quel genere presentare nella quantità fissata dalla convenzione o dal giudice. O finalmente il debito è pecuniario, si offre la somma intera cogli accessorii, secondo il precetto molto preciso dell'art. 1260, num. 3.

Quanto alla obbligazione della prima specie dovrebbe provarsi la identità dell'oggetto, ma prego di osservare che non è di codesta identità che si occupa la legge, ma di una diversa. La prima *stabilisce il rapporto che vi ha fra l'oggetto offerto e quello descritto nella convenzione*, e concerne l'adempimento della stessa obbligazione; la seconda invece *è la identità dell'oggetto* garantita dalla descrizione che se ne fa in guisa che non accettandosi immediatamente la cosa offerta dal creditore, e dovendosi eseguire il deposito, si possa sempre verificare l'esistenza dell'oggetto medesimo (1). La differenza promuove questioni d'ordine diverso. Se l'oggetto offerto non corrisponde al convenuto, il creditore ha diritto di respingere l'offerta, perchè si è mancato all'obbligo stipulato; se invece la designazione fosse talmente imperfetta e dubbia che l'oggetto potesse venire scambiato, il creditore o può domandare l'annullamento della offerta per difetto di una forma sostanziale, o anche dopo il deposito, l'autorità giudiziaria potrebbe dichiarare insoddisfatta la obbligazione, non constando della identità della cosa offerta.

La designazione della cosa, se non sia danaro; quindi se trattasi di cose fungibili, è d'uopo indicarne le qualità caratteristiche, il peso e la misura.

Ma altresì la moneta può offerirsi come *corpo determinato* quando trattasi di *deposito proprio*; ed allora è d'uopo farne tale descrizione, che non sia possibile surrogarvi altre specie ed altre monete.

L'esaminare con quale moneta si possa o si debba pagare un debito, in ragione dello stipulato, in ragione del corso o del valore monetario, non appartiene al mio tema; io lo sfuggo perchè non potrei entrare nel gravissimo argomento senza darvi tutta quella estensione che merita.

3. *L'indicazione delle condizioni dell'offerta, se l'offerta sia condizionata* (art. 903, num. 6).

La giurisprudenza che svolgevasi immensa dal diritto romano, e attraversando i secoli ebbe occasione di tutto vedere e di tutto decidere, soleva porre fra i requisiti della offerta reale *quod oblatio sit pura nullamque conditionem contineat* (Baldus, in Leg. 19, Cod. de usur.; Negusantius, *De pign. et hypoth.*, p. v, mem. 1, par. 2, n° 10, ecc.). Ma facevasi anche la distinzione *da condizione intrinseca ad estrinseca*. La intrinseca, *nascente ex natura rei*, non toglieva alla validità dell'offerta; come se si offerisse il prezzo alla condizione *si res tradatur*. Ne veniva soltanto che il compratore, del quale parliamo, non veniva sciolto dall'obbligo di pagare il prezzo, neppure depositando la somma, mentre non ne abdicava il dominio, ma solamente mirava al fine di avere la tradizione che gli era dovuta (Baldus, Negusantius, ivi, Pacificus, *De salvian. interd.*, inspect. v, cap. 1) (2). Talvolta il pagamento stesso può avere una destinazione che si riconosca legittima, se, per esempio, sia stato pattuito doversi eseguire ai *creditori anteriori* Che anzi se il patto dice semplicemente di pagare ai creditori, può aggiungersi, senza uscire dal convenuto, ai *creditori anteriori*, che è sottinteso ed implicito (Baldus ad dict. Leg. 19, Cod. de usur., quest. 40; Craveta, cons. 705). Ogni condizione, detta *estrinseca*, si aveva per illegittima. Richiedere la ricevuta in un dato modo, pretendere che si rinunzi a qualche pretesa, o solo una riserva *di non voler pregiudicare diritti*, ma di voler salva ogni azione e ragione, ecc., tutto ciò rende l'offerta giustamente inaccettabile, perchè obbliga il creditore a riconoscere ciò che non si può pretendere da lui.

4. *Spesa dell'atto di offerta.*

Le opinioni si dividevano; inutile il cercare per quali cause. Ora è consacrato nell'articolo 1262 del Codice civile. « Le spese della « offerta reale e del deposito, *se questi atti « sono validi*, sono a carico del creditore ». Non credo però che sia vietato al creditore di far inserire nel processo verbale una protesta

(1) Secondo la espressione della legge « la designazione della cosa in modo da *impedirne lo scambio* ».

(2) Io debbo pagare, e pago realmente, ma alla condizione che mi si provi cancellata una ipoteca. Se il creditore si presenta ad accettare il danaro, non gli sarà rilasciato senza la contemporanea consegna del documento che provi la cancellazione. Il deposito sarà vincolato; tutto ciò è in regola; non dipende più che dal creditore il ritirarlo, surrogando il fatto che deve prestare quale condizione.

delle spese; e tengo ancora, che quando si verrà a discutere sulle spese del giudizio, non sia tolto al creditore di fare la prova, possibile benchè negativa, di non essersi mai rifiutato di ricevere il pagamento manuale; ed anzi di essersi recato al domicilio del debitore nel giorno della scadenza senza aver trovato il danaro. E se egli accettò l'offerta, era nel suo diritto di non differire l'incasso del credito. Sarà insomma una questione da decidersi col fatto, come ben si conclude nel *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. II, n° 53 (V. ancora le Annotazioni dell'articolo 908).

Articolo 904.

Quando il creditore ricusi l'offerta, o non sia presente, gli è notificata copia del processo verbale nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Con lo stesso atto si può notificare al creditore che si farà il deposito della somma o della cosa offerta.

Tra la notificazione e il deposito deve passare un intervallo non minore di giorni tre.

Annotazioni.

La notificazione è senza dubbio un atto distinto, separato e necessariamente posteriore a quello della offerta reale. Dev'esser così se questo fu eseguito da notaro o da cancelliere. La notificazione, funzione esclusiva dell'usciere, è il complemento dell'atto di offerta, e il precedente giuridico necessario del deposito.

Articolo 905.

Il deposito deve farsi nei luoghi designati dalla legge. In difetto di designazione, l'autorità giudiziaria competente provvede, a norma dell'articolo 908, con decreto sul ricorso del debitore.

Articolo 906.

Il deposito si fa col mezzo di uno degli uffiziali indicati nell'articolo 902, che ne fa risultare con processo verbale, il quale deve contenere le indicazioni prescritte nei numeri 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 dell'articolo 903.

Il processo verbale deve contenere inoltre la sottoscrizione del depositario e dell'uffiziale procedente.

Se il creditore sia presente, il processo verbale deve anche contenere le dichiarazioni, e la sottoscrizione di lui, o la menzione del rifiuto di sottoscrivere.

Annotazioni.

1. L'offerta reale rimane quasi sempre senza risultato, quando non è preceduta da una intimazione al creditore. Abbiam visto che la intimazione non è necessaria se non in due casi: 1° in quello precisato dall'articolo 1266 del Codice civile; 2° in quello da noi divisato nel commento all'articolo 903, n° 1, lett. c. Potrebbe mandarsi una intimazione, un avviso al creditore in ogni altro caso? Ciò sarebbe molto diligente e per nulla vietato. Del resto il creditore che non sa, per dir così, in qual momento sarà assalito dalla offerta, rare volte si troverà presente; l'offerta passa tantosto in deposito: è questa la sua evoluzione naturale, il suo ultimo stato.

L'articolo 1261 del Codice civile insegna quello che deve farsi prima e quello che dopo il deposito. Se il creditore non si presenta, gli viene « notificato il processo verbale del « deposito colla intimazione di ritirare la cosa « depositata ». Allora il còmpito del debitore è veramente finito; il suo scopo è raggiunto.

2. *Degli interessi moratorii e convenzionali.*

Lo scopo del debitore è di liberarsi onninamente dalla obbligazione e da ogni suo accessorio e conseguenza. Un tempo si ritenne ba-

stare la offerta reale almeno per evitare la mora, *oblatio sufficit ad impediendam moram, sed non ad obligationem tollendam*, disse il Fabro (lib. IV, tit. 33, def. 15, nota 2); rapporto però alla decorrenza delle usure convenzionali non parve sufficiente (Voet, ad tit. de usur. et fruct.), ma solo ad impedire quelle usure che nascano appunto dalla mora. Oggidì il concetto della offerta reale è molto più fermo. Nulla per sè dove non sia accettata, è tutto, coronata dal deposito. Per sè può essere uno scherzo, una mostra, una cosa che passa, fatta in tempo in cui non sia presente il creditore per accettarla. L'articolo 2159 del Codice civile dichiara: « Dal giorno del deposito legalmente fatto *cessano gl'interessi*, e la cosa depositata rimane a rischio e pericolo del creditore ».

La legge dice *cessano gl'interessi;* li suppone già in corso. E non distingue fra interessi moratorii e convenzionali. L'offerta reale per se sola non produce mai questo effetto. Rispetto alla mora che genera interessi dalla *domanda giudiziale*, il deposito ne tronca il corso se hanno cominciato a decorrere; ma può anche impedirne il cominciamento. Ecco in qual modo. Tu non venisti, nè mandasti a casa mia per ritirare il danaro che stava pronto per passare nelle tue tasche nel giorno della scadenza. Invece ti piacque citarmi. *Benchè dopo il giorno della scadenza*, io non era punto in mora del debito mio, poichè tu non eri venuto a bussare alla mia porta (e questo lo poniamo come avvertimento notevole). Mi citasti; ed io feci la offerta reale, indi il deposito, senza gli interessi della mora. Io ho agito regolarmente. Io era autorizzato a fare la offerta perchè tu mi costringevi, com'era tuo diritto, a pagare; ma non avevi diritto a ricercarmi degli interessi.

Del resto gl'interessi devono esser calcolati al giusto; le spese pagate, se sono liquide; se illiquide, deve pagarsene una parte, con promessa del supplemento di ragione: ciò è testuale nell'articolo 1260, n° 5 del Codice civile. *La totalità del debito:* ecco una condizione alla quale non si sfugge per qualunque minimo difetto (1).

3. Non è necessario che l'uffiziale che fa il deposito sia quello stesso che ha eseguita l'offerta reale.

L'accurata descrizione dei requisiti che occorrono alla redazione del processo verbale di deposito non comprende l'8° numero dell'articolo 903. Tuttavia se il creditore sarà presente e adduce ragioni per non accettare il deposito, è ben d'uopo che se ne tenga conto.

Ma la solennità del verbale suppone che il creditore non sia comparso per accettarlo, nel qual caso tutto finisce colla quietanza ch'egli fa al debitore.

Articolo 907.

L'uffiziale che procede al deposito deve consegnare sul luogo stesso una copia del processo verbale al depositario e al creditore.

Se il creditore non sia presente, il debitore, nel termine di giorni due dal deposito, deve fargli notificare la detta copia nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Se il luogo in cui fu eseguito il deposito e quello in cui è notificato al creditore facciano parte di giurisdizioni diverse di preture, tribunali o corti d'appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148.

Annotazioni.

La notificazione del processo verbale di deposito è di somma importanza: solo da quel giorno il deposito produce tutti i suoi effetti, produce la liberazione; il rischio delle somme e valori depositati cade sul creditore.

Fermiamoci un momento sui termini, e intanto ricordiamo che due partecipazioni sono prescritte al creditore, *una intimazione e una notificazione*. Quella dee precedere il deposito (articolo 1261, n° 1 del Codice civile); questa lo sussegue. Qual termine debba lasciarsi correre fra il giorno *dell'intimazione* e quello in cui il creditore è invitato a comparire per ritirare la somma, la legge non lo dice. Invece

(1) Devono anche deporsi gli interessi che sono decorsi dal giorno della offerta a quello del deposito.

dal giorno del deposito alla *notificazione* di esso frappone termini lunghi, quei termini che sono dati per comparire in giudizio. Se mi permettete, io vorrei dire che qui siamo caduti in confusione.

Il termine era necessario quando si trattava che il creditore doveva comparire; non era più necessario quando non doveva comparire. Nel primo caso era giusto misurar le distanze, e non si è fatto; perchè mai si è fatto nel secondo? Nel secondo, ossia in quello che riguarda il nostro articolo 907, bastava il dire, che solo *dalla notificazione* il deposito avrebbe effetto. Perchè quella strana lunghezza di termini? L'oggetto di essi è forse relativo al notificante o al notificato? Per certo al notificato. Ora non si è fatto altro che dire, potersi sospendere sino a ventiquattro giorni la notificazione se, essendo fatto il deposito a Torino, il creditore abita a Napoli, ossia in caso dove *le giurisdizioni di corti d'oppello non sono limitrofe*, che è appunto quello del n. 5 dell'articolo 148. E il creditore che sta a Napoli non ha forse interesse di conoscere al più presto il fatto suo e provvedere al proprio interesse?

Articolo 908.

Le domande di validità o di nullità dell'offerta o del deposito devono proporsi, con citazione in via sommaria, davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'offerta o il deposito furono fatti, la quale sia competente per materia e valore, salvo che siano proposte in via incidentale in un giudizio già pendente.

Annotazioni.

1. La questione di nullità (che implica il giudizio contrario) può comprendere l'*offerta e il deposito;* ovvero l'uno o l'altro di codesti atti che procedono distinti. Vero è che, annullata la offerta, che è la *interpellazione formale* al creditore che deve precedere il deposito, anche questo si annulla, ossia resta un deposito a disposizione e a puro rischio del deponente senza produrre alcuno degli effetti che il debitore se ne prometteva. Non avviene così se la nullità cade sul deposito; l'offerta reale, come atto indipendente, rimane, con quell'efficacia che è propria della sua natura.

2. *Nullità intrinseche ed estrinseche.*

La nullità può essere *intrinseca* od *estrinseca;* e quella ancora di più maniere, o, in altre parole, originare da più cause.

a) Incapacità del creditore o ricevere.

Se il creditore è un minore, un interdetto, una donna maritata, e il credito sia dotale, indarno gli si farebbe l'offerta reale. È chiaro che la offerta reale dovrebbe farsi a chi è autorizzato di ricevere per quelle persone, al tutore, al curatore; nell'ultimo caso la offerta reale si farebbe ad amendue i coniugi.

b) Mancanza di azione.

Non si può validamente offrire un credito non scaduto; non si può offrire per liberarsi anzi tempo dal debito degl'interessi.

c) *Imperfezione dell'oggetto offerto.*

La somma dev'esser totale; identica la cosa, se trattasi di corpo certo.

d) L'offerta deve essere incondizionata, salvo che la condizione non sia *ex natura rei* e protetta dal diritto (V. le note all'art. 905).

e) Nullità dell'offerta, attesa la nullità del processo verbale.

Se il processo verbale fosse redatto di guisa che più non somministrasse la prova dell'esistenza legale della offerta medesima. In vero il processo verbale non è il fatto ma la prova del fatto, sistemata in una formola scritta per mano del legislatore; l'offerta potrebbe sussistere anche senza processo verbale, come esistono quei fatti storici che nessuno ha ancora narrati. Ma nel mondo giuridico i fatti sono, in quanto sono certi, di una certezza ugualmente giuridica. L'offerta non dimostrata nel processo verbale sarebbe inutile, all'effetto della liberazione, poichè non potrebbe provarsi in verun altro modo. Niuno però si farebbe a sostenere che ogni difetto, l'inosservanza delle singole parti dell'art. 903, facesse mancare di effetto lo stesso atto di offerta, generasse nullità.

Come tante volte si è detto, anche parlando dei processi verbali quali monumenti storici, la legge, porgendo nei diversi canoni che propone l'analisi, a dir così, del proprio pensiero, mostra che ad ognuno d'essi attacca una importanza, *ma non una importanza uguale.* La regola è sempre quella fondamentale dell'articolo 56. Non è difficile rilevare che vi hanno parti essenziali, tolte le quali, atto di offerta non esiste. E sono: l'atto stesso di offrire al creditore presente; il dichiarare il luogo in cui si è tentata l'offerta, se il creditore è assente, la cui assenza dev'essere memorata; la causa dell'offerire, il debito che si vuole estinguere, cose indispensabili, quan-

tunque l'art. 903 non ne faccia parola. Importante non meno dell'*oggetto* è la *materia* del processo verbale. Altre parti si veggono puramente occasionali e non pertinenti all'essenza dell'atto; tali sono quelle dei nⁱ 6, 7, 8; solamente l'atto sarebbe privo di certi effetti, e l'offerente potrebbe pregiudicarsi; ma la offerta potrebbe anche sussistere. La sottoscrizione dell'*uffiziale procedente* (n. 10) è, si può dire, *tutto l'atto*; è la legalità; senza questo l'atto sarebbe vano e forse l'esercizio punibile di un potere usurpato. La sottoscrizione del creditore è meno essenziale. Io credo che la sua presenza, le sue dichiarazioni, potrebbero altronde provarsi. L'accettazione del creditore, la quietanza, sana ogni irregolarità, come ogni irregolarità sarebbe sanata col ritirarsi del deposito. Quindi le menzioni del num. 9 non sono necessarie a validare un atto che dopo l'accettazione del creditore non può più essere impugnato. Si farà allora un'altra questione sulla prova del pagamento; prova che dal processo verbale poteva risultare immediata, autentica; tuttavia il fatto potrà sempre provarsi. Il criterio del giudice, nella omissione più o meno importante delle formalità desiderate, può risolversi (art. 56 della procedura) per una nullità che la legge prudentemente non ha voluto pronunciare *a priori*.

Il deposito può essere dichiarato nullo, se eseguito fuori del luogo legale, se eseguito in modo che la idoneità dell'oggetto non sia assicurata; fatto insomma di maniera che l'interesse del creditore si vegga in pericolo. Vero è che il deposito produce la liberazione del debitore, ma alla condizione della sua perfetta regolarità. E perchè questo? Perchè *se il rischio e pericolo del deposito è a carico del creditore, non è però lecito al debitore di aggravare questo pericolo*, e di render col fatto suo deteriori le condizioni del creditore. È in facoltà del creditore ritirare o non ritirare il deposito, ma egli deve poter contare sulle migliori garanzie della legalità.

3. *Della competenza.*

a) D'ordinario il luogo dove si fa la offerta è quello in cui si eseguisce il deposito. Quindi l'autorità competente a giudicare della validità dell'uno o dell'altro di codesti due atti, o *delle controversie che possono sorgere da essi* (1), sarà identica. Ma non è neppure escluso che per volere del giudice (art. 905) il deposito si faccia in luogo soggetto ad altra giurisdizione. La competenza in tal caso può dividersi. Se si fa questione di nullità della offerta, che porterebbe con sè anche quella del deposito, niun dubbio che l'autorità giudiziaria del luogo in cui avvenne la offerta sarebbe competente; se del deposito invece si disputi, dovrà adirsi quella del luogo ove il deposito esiste.

b) Ma vi è bene una contingenza, non preveduta dalla legge di procedura, che merita attenzione. Nel caso dell'articolo 1266 del Codice civile non ha luogo propriamente una offerta dell'ordine consueto; la cosa deve consegnarsi ove si trova; io ne diedi l'esempio nel quadro venduto, da consegnarsi nella stessa quadreria del venditore: cosa che a lui rileva onde non correre il rischio o il danno del trasporto (2). Il venditore non deve far altro che intimare al compratore di trasportare il quadro, ma, non facendolo, lo stesso venditore potrà ottenere di depositarlo in altro luogo. *Sulla validità o nullità degli atti d'intimazione e di deposito quale sarà il giudice competente?*

Può forse esser radice di competenza l'atto d'intimazione, *fatto transeunte* che non ha la sua manifestazione se non nel luogo della sua notifica, ossia al domicilio del compratore? Io credo che dovrebbe osservarsi la legge comune; e volendo il supposto compratore fare annullare l'atto d'intimazione, dovrebbe citar l'intimante avanti il giudice del domicilio di lui.

Per contro, il deposito è *un fatto permanente*. Lo scultore teneva a disposizione del compratore la statua nel suo studio in Pisa; il tribunale ordinò che si trasportasse in altro luogo della stessa città. Il tribunale di Pisa sarebbe doppiamente, a dir così, competente; e come quello che pronunciò l'ordine di trasporto, e come quello del luogo del deposito.

Il dubbio può sorgere qualora il tribunale di Pisa abbia creduto di ordinare il trasporto e il deposito della statua in Firenze. Nascendo questione sulla validità del deposito, la competenza dovrebbe appartenere al tribunale di Firenze; e siamo tratti a così concludere dalla lettera stessa del nostro articolo 908.

c) *Sulla controversia di diritto.*

La nullità della offerta reale e del deposito può derivarsi dalla *mancanza di diritto e di azione.*

Voi non potete costringermi a ricevere la somma, poichè non avete ragione di credere

(1) Ciò è necessario a ritenere, benchè l'articolo non parli che di nullità o di validità.

(2) Uno scultore vende una statua, ma da consegnarsi nel proprio studio.

di potervi con questo mezzo redimere dalla decadenza in cui siete incorso. Io ho respinto la offerta e addotte le ragioni. Dovendosi decidere prima di tutto la controversia del diritto, voi dovete citarmi, secondo le regole comuni, al tribunale del luogo del mio domicilio.

Può stabilirsi in principio che la competenza dell'autorità giudiziaria, secondo il nostro articolo 908, è determinata dalla qualità della controversia, *in quanto sia controversia di esecuzione*. Con ciò si abbraccia e la questione della forma, e quella che viene già contemplata nell'articolo 570.

d) *Se la controversia è incidentale.*

Seguitando a ragionare della competenza, è d'uopo procedere con una distinzione.

La questione sulla offerta reale può essere incidente in due maniere. O che si oseguisca *pendente ancora la causa principale, o dopo* la causa principale. Ed è la ipotesi che siamo venuti facendo di una controversia di esecuzione messa in rapporto coll'articolo 570. Secondo altri sistemi, la competenza sarebbe appartenuta al tribunale che pronunziò la sentenza; ma oggidì è posta la regola, che *la competenza spetta all'autorità giudiziaria del luogo ove si fa l'esecuzione*. Resta adunque che la limitazione riguardi *la pendenza* di un giudizio principale; e questa è difatti la espressione usata dalla legge. Tizio ha citato Caio al tribunale di Verona che è il luogo del suo domicilio; Caio intende liberarsi da una obbligazione che lo vincola di maniera che non può muovere una riconvenzionale contro l'attore, se prima non iscioglie quel debito. Onde si decide a fare una offerta reale ch'egli deve eseguire al domicilio dello stesso attore che è a Mantova. Competente a conoscere della validità o invalidità di questa offerta è il tribunale avanti cui pende la lite, quello di Verona.

Quid *di una offerta reale in pendenza di un giudizio di esecuzione?*

Fu già deciso in termini, che il giudizio esecutico deve ritenersi principale del quale quello della offerta è incidente (corte di Parigi del 9 fiorile, anno XI; cassazione francese, 16 dicembre 1807, e 4 giugno 1850; *Commentario del Codice sardo*, vol. V, part. 2, n. 85). Per noi il tribunale competente è quello designato dall'articolo 570.

Articolo 909.

Quando l'autorità giudiziaria dichiari la validità dell'offerta, autorizza il deposito non ancora fatto, e pronunzia la liberazione del debitore dal momento in cui il deposito sia eseguito nelle forme dalla legge richieste.

Se dichiari la validità del deposito già eseguito, questo produce il suo effetto dal giorno in cui fu fatto.

Se riconosca ingiusto il rifiuto del creditore, può condannarlo al risarcimento dei danni.

La sentenza in ogni caso provvede riguardo al depositario.

Annotazioni.

1. La prima domanda che si presenta è questa: *se tengasi necessario ottenere l'autorizzazione a fare il deposito*, il che importerebbe doversi premettere il giudizio sulla validità della offerta. Ma leva di mezzo ogni dubbio l'articolo 1261 del Codice civile: *Per la validità del deposito non è necessario che venga autorizzato dal giudice.*

Tuttavia l'articolo 909 previene un caso frequente; impugnata, attaccata di nullità la offerta reale, o in qualunque modo contraddetta, è d'uopo invocare la sentenza del giudice che, dichiarando valida la offerta, *autorizza il deposito;* pronunzia insieme *la liberazione* alla condizione che il deposito *sia eseguito nelle forme dalla legge richieste.*

In massima, l'intervento dell'autorità giudiziaria non è punto necessario affinchè l'offerta reale e il deposito producano gli effetti giuridici loro propri. La controversia va a suscitarsi per parte del creditore che vi si oppone: talvolta però lo stesso debitore ha interesse, bisogno fors'anche, di riportare dal tribunale l'approvazione del suo operato. Ciò va ad avverarsi specialmente allorchè pende un giudizio principale; e si ha d'uopo che il tribunale riconosca formalmente la influenza che il fatto va ad esercitare nell'esito definitivo della lite.

2. La legge civile si è spiegata con molta chiarezza intorno agli effetti del deposito. Il deposito è *legalmente eseguito*, secondo l'espres-

sione dell'articolo 1259 del Codice civile; ha la sua piena efficacia *dalla notificazione* (articolo 1261, n. 4). Non vi avrebbe per avventura una certa dircordanza ciò che è scritto nel primo comma del nostro articolo 909: « Se « (l'autorità giudiziaria) dichiari la validità « del deposito, *questo produce il suo effetto* « *dal giorno in cui fu fatto?* ».

La conciliazione non sembra difficile. Nascendo questione sulla validità del deposito, non viene più in considerazione la notifica di esso, la quale potrebbe anche non aver avuto luogo. Trattasi di attuare un incidente? Io, che mi trovo nella più aperta contraddizione col mio avversario, fatto il deposito, domando al giudice di volerlo dichiarar valido, e qui si combatte. O il mio stesso avversario insiste formalmente per la nullità. Se il deposito è confermato, produce i suoi effetti *dal giorno in cui fu fatto*. Senza derogare alla disposizione normale dell'articolo 1265 del Codice civile, questa legge di procedura ha una relazione tutta speciale alla dichiarata eventualità di un giudizio avente per oggetto lo stesso deposito, e della cui cognizione non può più dubitarsi dopo tanto rumore di lite; quindi, come io ora diceva, non può più seguirsi la scorta della notificazione (1).

3. *Si provvede riguardo al depositario* che, sciolto per forza di giudizio di deposito, può trovarsi in credito di spese o di diritti annessi alla sua funzione.

Articolo 910.

Finchè la sentenza non sia pubblicata, il deponente può ritirare il deposito, e il creditore può accettarlo.

Nel primo caso il deponente rilascia quitanza al depositario.

Nel secondo caso il creditore fa notificare la sua accettazione al debitore e al depositario. Fatta la notificazione, l'uno e l'altro restano vincolati.

Annotazioni.

Si continua a discorrere *nella ipotesi di un giudizio*. Il deponente è libero sino *alla pubblicazione della sentenza*. Se il deposito è dichiarato valido, non è più lecito al deponente revocare il fatto proprio e dire: ho scherzato. Il contratto giudiziale è sotto il suggello inalterabile della sentenza. Se il deponente ritira il deposito pendente la lite della validità, ne confessa la nullità; il ritiro del deposito equivale, nei casi ordinari, alla rinuncia della lite. Se invece il creditore lo accetta, è finita la questione della nullità; e non occorre aspettare la decisione del tribunale.

Articolo 911.

Quando, durante la causa sulla validità del deposito, sopravvengano pignoramenti o sequestri a carico del deponente o del creditore, il depositario non può rilasciare le cose depositate, se non definite le controversie relative.

Annotazioni.

S'intende appresso le relative intimazioni che saranno fatte al depositario.

Articolo 912.

Nel caso indicato nell'articolo 1266 del Codice civile, si osservano le norme stabilite nello stesso articolo, e sull'istanza di deposito fatta dal debitore provvede il pretore del mandamento in cui la cosa si trova; salvo che l'istanza sia proposta in via incidentale in un giudizio già pendente.

---

(1) Generalmente la liberazione non si ottiene che dall'atto di notifica, complemento del deposito, *perchè rispetto al creditore il deposito non esiste che quando gli sia fatto noto*. Se si disputa della validità dello stesso deposito, la questione della notifica è abbandonata, e invece si riconosce che un deposito esiste.

Annotazioni.

Nulla è aggiunto per questo articolo al 1266 del Codice civile già superiormente chiarito, e nulla è detratto alla nostra soluzione posta nella nota 3 *b* dell'articolo 908. Il *pretore del mandamento del luogo in cui la cosa si trova*, non ha altra missione dalla legge che di *provvedere alla collocazione* del corpo che il creditore non *si è prestato a trasportare*. Anzi, pendente una lite principale, il magistrato che n'è investito è il solo competente così per il provvedimento conservatorio che per la questione di merito. Fuori di questo, le conclusioni proposte mi sembrano certe.

TITOLO X.

DEL MODO DI OTTENERE LA COPIA O LA COLLAZIONE DEGLI ATTI PUBBLICI.

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo titolo ha due parti distinte: dall'articolo 912 al 917 regola i diritti delle parti che richiedono copie di atti di pubblici depositari; dall'articolo 918 in poi si occupa *delle collazioni degli atti* onde verificare la esattezza delle copie.

Articolo 913.

Qualunque depositario pubblico autorizzato a spedire copia degli atti che esso ritiene, deve, se richiesto, darne copia autentica, ancorchè il richiedente o i suoi autori non siano stati parte nell'atto, sotto pena dei danni e delle spese, salvo le disposizioni speciali della legge sulla tassa di registro e bollo.

La copia d'un testamento pubblico non può essere spedita durante la vita del testatore, salvo a sua richiesta, della quale si fa menzione nella copia.

Annotazioni.

1. La legge ordina la comunicazione degli originali per mezzo delle copie, e s'impone perciò con molta severità a quei funzionari che non adempissero prontamente a questo dovere.

La prova è già sistemata nel Codice civile. La procedura non aggiunge nulla all'intrinseco valor delle prove; ma partendo dal concetto del Codice civile che l'atto pubblico è verità e sorgente autentica di diritti, ne proclama la potenza diffusiva (mediante le copie), e dispone dei mezzi opportuni.

È sullo prove autentiche e legali che la procedura si esercita onde renderne più cospicua l'efficacia: e d'altro non si occupa. La procedura sa che, secondo la legge normale, « le copie degli atti pubblici estratte dal loro originale, autenticate da notaio, ecc., fanno fede come lo stesso originale » (articoli 1333, 1334 del Codice civile). La giurisprudenza, colla scorta della legge civile, deciderà quanto possano valere *le copie* che non hanno riscontro permanente, il loro costante controllo *in un originale esistente*. Sebbene ciò non sia intimamente legato al nostro tema, non sarà inutile il breve ricordo che veniamo a farne.

L'atto originale non esiste; è perduto. Le copie che ne furono estratte quando esso esisteva in tranquilla sicurezza presso il suo custode, quelle copie non perdono la fede una volta acquistata, purchè presentino un aspetto sincero, non intorbidato da abrasioni o supposizioni (articolo 1336, ivi).

Più ancora. Quelle copie possono figliare

altre copie, e qui giova trascrivere l'art. 1337: « Le copie menzionate nell'articolo precedente possono anche servire di originale, « affine di estrarre altre copie, qualora si trovino in pubblico registro, ed anche in mano « di privati, se d'ordine del giudice, citati gli « aventi interessi o di consenso dei medesimi, « vengano depositate nell'archivio a ciò destinato ».

Finalmente in quest'ordine decrescente di mezzi di prova, ecco una quarta categoria che si suddivide in due parti. Non vi ha (suppongasi) nè originale nè copia depositata in pubblico archivio; si porta una copia di copia autentica, fatta bensì da un pubblico uffiziale, ma non autorizzato; è però qualche cosa. Simili copie formano *principio di prova scritta*, alla condizione di essere ben coperte dalla polvere del tempo, di avere la rispettabile età di trenta anni. Altre copie vi hanno alle quali è attribuito questo medesimo effetto. Sono quelle che *si trovassero soltanto trascritte nei pubblici registri* (articoli 1338, 1339 del Codice civile); poichè, secondo certi regolamenti, o l'ufficio deve anche conservare una copia degli atti originali, ovvero le parti non consegnano all'ufficio, come l'ipotecario, tranne copie di copia autentica, le quali si restituiscono dopo la collazione.

Formare *principio di prova scritta* significa che la prova può essere completata per mezzo di testimoni (articolo 1347 del Codice civile). La nostra legge si è mostrata alquanto più facile della francese che richiede una certa dimostrazione dell'evento disastroso per cui l'originale andò perduto, o specificamente o almeno che tutte le matrici in quell'anno redatte dal medesimo notaio andassero perdute. Voleva pure che dal repertorio regolare del notaio risultasse *la data* dell'atto. Più: ammettendo l'esame ordinava quello dei testimoni *che furono presenti all'atto, se esistessero ancora* (articolo 1336 del Codice Napoleone). Fuori *delle circostanze legali* le copie non sono tuttavia rigettate come inutili e da non farsene verun conto, se avendo i requisiti considerati nell'articolo 1338, non risultasse quello del tempo. L'atto potrà, secondo i casi, valetarsi come *indizio*. « Se (le copie) sono più recenti possono, secondo le circostanze, essere « tenute come semplici indizi » (1).

2. Il nostro articolo 913, come si disse, non comprende che le vere copie autentiche, tolte immediatamente dalla fonte, e rivestite di un carattere probatorio al pari dell'originale. In tal caso l'obbligo che ha *il pubblico depositario* di soddisfare alle domande di qualunque richiedente è perentorio e nasce dalla qualità stessa dell'atto, la cui comunicazione è di diritto di ogni cittadino, il quale, secondo le più larghe vedute delle nuove legislazioni, non ha mestieri di comprovare o un interesse o uno scopo. Se l'originale più non esistesse in una di quelle eventualità sopra accennate, se si trattasse di volere copia di copia, non sarebbe applicabile questa disposizione così assoluta.

3. La legge, come si vede, ravvicinando a questo l'articolo 916, ha introdotto una distinzione, che non è nuova, *fra il depositario pubblico* e *il depositario di pubblici registri*. La distinzione non è abbastanza luminosa per potere indicare con sicurezza i caratteri distintivi. Pare che col nome di depositario pubblico s'intenda quell'uffiziale che ha in custodia i propri atti, e sarebbe eminentemente il notaio; mentre di pubblici registri sono depositari l'uffiziale dello stato civile, il conservatore delle ipoteche, i cancellieri.

L'articolo 1039 del Codice sardo del 1859 diceva più semplicemente: *il notaio e qualunque pubblico depositario è tenuto di dare a chi ne richiede copia autentica*, ecc. Ora si è aggiunto: *autorizzato a spedir copia degli atti ch'esso ritiene*. E questo vuol significare che non tutti i depositari pubblici sono a ciò autorizzati. Così, per esempio, l'archivista potrebbe non avere personalmente questa facoltà; potrebbe non averla un notaio surrogato, un custode interinale delle matrici, il quale però può essere abilitato dall'autorità competente.

4. Si vogliono *salve le disposizioni speciali delle leggi sulla tassa di registro e bollo*. L'atto potrebbe mancare di registrazione, non essere stato conformato alla legge del bollo. I commentatori francesi notarono che, l'atto non essendo perciò nullo, e neppure *imperfetto* (V. l'articolo 811 del Codice di procedura francese), la spedizione non può negarsi, ma chi ritrae la copia deve soddisfare alla legge finanziaria.

(1) Seguitando il discorso si entrerebbe, più di quello che a noi convenga, nel campo delle prove. Non pretermetto però di osservare in questa nota subalterna, che questa legge formerà praticamente qualche ostacolo. Il *semplice indizio* è certamente qualche cosa meno del *principio di prova scritta*. Questo vale a cementare la prova testimoniale, noi lo sappiamo: *quæritur*, quale effetto avrà nell'ordine delle prove *un semplice indizio* di prova scritta, se pure non bastasse ad abilitare la prova testimoniale?

Articolo 914.

Nel caso di rifiuto o di ritardo a spedire la copia richiesta, il richiedente può ricorrere al presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione il depositario esercita le sue funzioni. Il presidente ordina al medesimo, con decreto, di comparire avanti di lui a giorno e ora fissi.

Copia del ricorso e del decreto è notificata al depositario nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Articolo 915.

Il presidente, comparso o no il depositario, provvede, sentito il ministero pubblico.

Quando ingiunga la spedizione della copia, stabilisce con altro decreto il termine per spedirla, sotto pena, se occorra, dell'arresto personale da pronunziarsi dal tribunale, oltre il risarcimento dei danni e il rimborso delle spese.

Annotazioni.

1. Non è facile comprendere come un notaio o altro pubblico depositario sia per ostinarsi a negar copie che gli fruttano un interesse, eccettochè la parte rifiuti a lui la spesa o l'onorario, e allora egli sarebbe giustificato (articolo 917). Il *rifiuto* e il *ritardo* si trattano del pari, non si ricerca prova nè dell'uno nè dell'altro; non è d'uopo far ingiunzione o intimo al pubblico depositario per costituirlo in mora. Con una legge non punto differente dalla nostra, i pratici francesi se ne fecero un quesito: il Carré giustamente osservò che la copia non può sempre rilasciarsi al momento della richiesta; Demiau-Crouzilhac pensava che fosse espediente diffidare il notaio con un atto stragiudiziale, ma non parve fondata questa opinione benchè molto equa (Carré-Chauveau, quest. 2864). E veramente non potrebbe accettarsi senz'aggiungere qualche cosa ad una legge che si arma di tanto rigore.

2. La procedura sembra assai semplice. Se il presidente *ingiunge la spedizione della copia*, assegna un termine, scorso il quale il pubblico depositario può soggiacere all'arresto personale. Il presidente però non pronunzia l'arresto personale; ma lo minaccia, dichiarando che questo potrà essere anche la conseguenza del suo persistente rifiuto. Potrebbe anche il presidente non proferire l'amara parola, per quel lenitivo *se occorra*, di cui il testo è benigno.

La decisione del presidente dovrà essere notificata nonostante il silenzio della legge.

Ordinare l'*arresto personale* è nel potere del tribunale, non del presidente. Allora, io credo, si dovrà citare nei modi consueti, allora il giudizio assume interamente il carattere di contenzioso. Non è lieve affare condannare un notaio, un conservatore delle ipoteche, un funzionario pubblico all'arresto personale, al risarcimento dei danni, ecc. Se egli si riduce a questo punto, avrà ragioni da addurre; e per la forza delle cose si aprirà una lite, che potrà bene trattarsi in via sommaria, ma col concorso di quelle guarentigie che sono sacre alla difesa dei litiganti.

E non sarà accordato appello?

L'appello è di diritto comune, come tante volte si è detto. La legge o lo vieta, o ne restringe la espressione: qui nulla di questo, e ne consegue che si può appellare e ricorrere ulteriormente nei termini e nei modi ordinari.

Articolo 916.

I cancellieri e i depositari di pubblici registri sono tenuti, eccettuati i casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne faccia richiesta le copie e gli estratti degli atti giudiziali da essi ritenuti, sotto pena dei danni e delle spese.

Nel caso di rifiuto o di ritardo, il richiedente può ricorrere al conciliatore, al pretore, o al presidente del tribunale o della corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni.

L'autorità giudiziaria a cui è presentato il ricorso provvede a norma dell'articolo precedente, sentito il cancelliere o depositario.

Annotazioni.

1. Questo testo nella sua limitazione rammenta il disposto dell'articolo 557. Della moltiplicità delle copie esecutive si può facilmente abusare.

2. La seconda parte dell'articolo 916 non è senza difficoltà. E la difficoltà sta in questo, ch'ella è una procedura *mista di disciplinare e di contenzioso:* l'uno reclama i più pronti provvedimenti, l'altro reclama le guarentigie della legalità. Un cancelliere (supponendo casi che non avvengono mai) è deciso di non rilasciare la copia di un atto: non parlo di *ritardo,* poichè la voce del superiore lo metterà tosto al dovere. Ma si giunge sino all'atto di minacciargli l'arresto personale e una colluvie di danni! Vi è una parte che pretende, un'altra che nega; si entra nella provincia del diritto. Per fare una ipotesi ragionevole, fingasi che la copia esecutiva sia sollecitata da una parte che *fu bensì in causa, ma a cui favore non fu pronunziata la sentenza* (V. l'articolo 557). E già per se stesso un caso serio se quella legge sia assolutamente proibitiva per coloro che non hanno trionfato nella causa, al quali il diritto della copia sembra esclusivamente riservato. Ma temperando la specie del fatto, si supponga che il chiedente la copia abbia nella sentenza una contemplazione ambigua, ed egli sia nella persuasione di partecipare della vittoria. Il cancelliere, che è anche un uomo e che ha la coscienza de'suoi doveri e de'suoi diritti, combatte la pretesa, e sostiene ch'egli ricusò con ragione a quel tale il rilascio di una copia esecutiva. È minacciato di arresto e di sospensione, ed egli affronta il giudizio. Non gli saranno dovute le guarentigie largite ad ogni altro contendente? Qual dubbio! La tendenza generale del Codice a far risolvere per via di giudizio tutte le vertenze che in altre legislazioni finivano sotto il banco e morivano, per così dire, amministrativamente, traducendosi in atto, non lascia dubitare che l'affare sarà trattato colle forme giudiziali. L'autorità giudiziaria non è più un potere amministrativo che riscuote obbedienza da un inferiore e dipendente (1): è lo stesso potere giudiziario che scioglie un problema di diritto.

2. *Sulla competenza.*

Più grave è il quesito della competenza. Si ha un bel dire, *il richiedente può ricorrere al conciliatore, al pretore, al presidente del tribunale* o *della corte:* la cosa è piana nei primordi di una vertenza che si presenta nel suo naturale carattere di ordinamentale e disciplinare: d'ordine interno. Ma la giurisdizione del conciliatore o del pretore non verrà forse ad arrestarsi in presenza di una questione giudiziale del genere di quella di cui si è dato or ora un esempio? Non ho bisogno di avvertire che *se l'autorità giudiziaria procede a norma dell'articolo precedente,* il cancelliere e i *depositari dei pubblici registri* potranno anche costringersi all'*arresto personale.* Inoltre i danni a cui la ribelle ostinazione potrebbe esporli, possono ascendere a molta somma; dove troviamo più il criterio della competenza? Quesito che si estende eziandio al discorso articolo 915. Per altro ivi è segnata un'assai visibile traccia della competenza; mentre dal *presidente,* autorità d'ordine, si passa tantosto al *tribunale*, per sentenziare dell'arresto e dei danni. Parmi adunque potersi seguire quella traccia sicuramente. Esaurito il ricorso col decreto d'ingiunzione divisato nel capoverso dell'art. 915, se la questione continua, prenderà posto nei gradi della competenza ordinaria. Ma che valore può attribuirsi a una domanda che ha per fine la consegna di un documento? Forse il valore sarà misurato da quello che più o meno chiaramente si contiene nello stesso documento, verbigrazia in una sentenza di condanna? Io non sono di questo avviso. D'altra parte, quanto importi ad un funzionario pubblico il non essere sospeso nelle sue funzioni, il non subire la carcere, l'onta, il disdoro, la destituzione fors'anche, che ne sono la conseguenza: ecco la misura del valore; quanto dire che non ha misura. Quindi il giudizio contraddittorio sarà portato al tribunale.

Articolo 917.

Nei casi di cui negli art. 913 e 916, gli ufficiali ivi indicati non sono tenuti

(1) Come un segretario di prefettura e messo all'ordine dell'autorità del prefetto o del ministro.

a spedire le copie loro richieste, se chi ne fa la domanda non paghi i diritti ancora dovuti dell'atto originale, oltre le spese della copia.

Articolo 918.

Le parti possono collazionare in presenza del depositario la copia dell'atto pubblico coll'originale.

Se sorgano controversie, sul ricorso della parte, il presidente del tribunale civile delega il pretore per procedere alla collazione nell'uffizio del depositario, ingiungendo a questo di presentare al pretore l'originale nel giorno e ora che saranno stabiliti dallo stesso pretore.

Se la collazione sia chiesta per un atto prodotto in giudizio, la delegazione è fatta dal pretore o dal presidente del tribunale o della corte davanti cui pende il giudizio. Se questo sia pendente davanti il pretore del mandamento in cui il depositario esercita le sue funzioni procede alla collazione dell'atto lo stesso pretore.

Annotazioni.

Entriamo nella seconda parte del titolo, la *collazione* o riscontro verificativo del documento che viene rilasciato, coll'originale.

La *collazione* è l'opera che pone il suggello di veracità sulla copia autentica. Quel notaio, alla cui qualità, alla cui fede la legge tanto deferisce, non è più creduto quando attesta che la copia da lui rilasciata è conforme all'originale! Anche qui abbiamo avuto un'invasione di diffidenza francese; onde il regalo di un'altra lite sulla copia, e di un altro minuzioso regolamento che in verità si poteva risparmiare.

Le parti adunque possono star presenti alla lettura dell'originale confrontato colla copia: è nel loro diritto; e quando le copie escono frequenti, come dai pingui archivi che contengono matrici a molte migliaia, ognun vede che piccola occupazione sia data a *quel depositario* o a quegli scrivani (1).

Il capoverso dell'articolo 918 è in perfetta conformità coll'articolo 852 del Codice di procedura civile francese, mutata l'autorità del *presidente* in quella del *pretore*. Suppone discordia sul fatto materiale del confronto; e il pubblico depositario, che, come dissi, ha perduto ogni fede, deve soggiacere alla collazione magistrale che si farà nel suo ufficio!

Le controversie alle quali accenna il primo capoverso dell'articolo 918 vengono posteriori all· *collazione*, sono suscitate dal confronto intorno al quale non avete potuto intendervi, cosa che non pare credibile, col depositario del documento. Se non c'è lite pendente, fate un'istanza al presidente del tribunale (2), stragiudiziale, *in via di ricorso;* l'ordinanza del pretore che va a notificarsi al notaro, o altro pubblico depositario (3), contiene le *ingiunzioni* dichiarate nell'articolo.

Se *l'atto è prodotto in giudizio* (cioè la copia della cui autenticità e conformità si dubita) e la *collazione* sia domandata da taluna delle parti come mezzo di verificazione, vi ha qualche cosa di diverso rapporto all'esercizio o movimento, se così voglia dirsi dell'autorità: il verificatore è sempre il pretore medesimo, ma riceve autorità o *da se stesso* o *dal presidente del tribunale*, o *dal presidente della corte*, secondo lo stato graduale della causa. Da ciò si scorge che in qualunque stato della causa può domandarsi una verificazione che davvero può inchiudere il più serio interesse (4). E qui ho bisogno d'interporre alcune considerazioni.

La legge non parla mai che di *collazione* e ne descrive le formalità. E sembra con ciò

(1) Io non credo che questa disposizione sia possibile ad applicarsi a un certificato, per es., del conservatore delle ipoteche, affinchè sia lecito alla parte di riscontrare partita per partita sul registri, le iscrizioni delle quali si dichiara la esistenza.

(2) « Nella cui giurisdizione il depositario esercita le sue funzioni » (articolo 914).

(3) Ciò non è applicabile riguardo al cancelliere. — Vedi appresso.

(4) Quando nasce la contestazione fra le parti, quando la copia autentica è impugnata, come non conforme all'originale, e allora che la verificazione diventa veramente necessaria.

aver provveduto ad ogni bisogno della giustizia. In fatto di documenti possono sorgere le questioni più delicate. Un O invece di un E, in una formola testamentaria, decido di un immenso patrimonio e della grandezza di una casa. Una *virgola* fa cangiare il senso del discorso, e produce risultati diversissimi. Si sostiene che la copia non è conforme all'originale: *è mestieri collazionarla*. Il dubbio sarà chiarito; si apprenderà dal confronto se la copia è fedele. Siamo già sul sentiero della verità. Ma i giudici vogliono anche vedere da sè, leggere coi propri occhi; appagare questo bisogno della loro coscienza.

Quanto alle *scritture private* troviamo che esse si producono *originali*. Di *originali e di copie* tratta l'articolo 167; e l'articolo 419 dispone, rapporto a cause pretoriali, che *le scritture originali possono comunicarsi per copia;* il pretore però ne fa il riscontro (collazione) in presenza delle parti. Questo metodo sembra speciale alle cause dei pretori; ma due cose importanti vanno a stabilirsi: 1° Che le scritture private, a differenza degli atti pubblici, si producono in originale; 2° Che gli originali devono permanere nella cancelleria, o almeno essere presentati al giudice nell'atto della decisione (non parliamo dell'obbligo di esibire l'originale se la scrittura passa sotto un'impugnazione di falso, per render conto di sè alla giustizia) (articolo 301).

Siamo pertanto ricondotti a dire che la *collazione*, per quanto è sistemata nel titolo presente, non si effettua che *in ordine all'atto pubblico, il cui originale esiste nel competente ufficio.*

Ma si è avvertito superiormente che la collazione, in casi delicatissimi, può lasciare nei giudici il desiderio di vedere la matrice cogli occhi propri. Aggiungo, che vi sono momenti nei quali questa veduta, questo giudizio dei sensi, sembra indispensabile; e niuna rappresentazione essere sufficiente, come non ve n'ha alcuna che basti a soddisfare la coscienza del giurato, che vuol vedere gli abiti insanguinati o la cambiale incriminata di falso. Io ho dovuto apprezzare questo bisogno dello spirito in tali cause testamentarie ove la nullità dell'atto dipendeva dalla forma dell'involucro, dalla piegatura della carta, dalla posizione dei sigilli (1). Ecco una specialità nella quale la *collazione non suffraga*; e il giudice può ordinare che sia recato negli atti l'originale.

Una volta che il documento pubblico è prodotto in originale, esso diviene materia legittima alle convinzioni del magistrato; il giudizio degli occhi si fa giudizio dell'intelletto, assumendo forma razionale, e motivo legittimo di sentenziare quando viene a collegarsi logicamente col problema giuridico che si deve risolvere.

3. Torniamo alla collazione.

L'ultimo capoverso dell'articolo 918 avvisa alla collazione che deve farsi di *atti prodotti in giudizio*, e dichiara quale sia l'autorità incaricata di questa funzione.

La redazione non è molto chiara. Si comincia a porre come cosa certa e indispensabile la *delegazione*. Che un giudice singolare debba procedere a questo esame, fuori dell'aula del tribunale, si comprende; ma si resta un poco in dubbio se vogliasi sempre delegare il pretore, e come non possa delegarsi un giudice dello stesso tribunale. Ben guardando, si vede preferito ad ogni altro magistrato il pretore. Quel pretore che ha una specie di universalità giurisdizionale nei fatti locali; quel pretore che, essendo delegabile, secondo il precedente comma dell'articolo, si ritiene sempre il meglio adatto a questa funzione, trovandosi nel luogo ove dev'essere eseguita. La varietà sarebbe solo nella magistratura delegante. Ma che si è inteso colla frase *la delegazione è fatta dal pretore*, mentre seguitando si dice che *lo stesso pretore procede alla collazione?*

La spiegazione è questa. La lite può essere pendente avanti un'autorità giudiziaria altra da quella del luogo ove si trova l'uffizio in cui si guarda il documento originale. Anzi può contarsi fra i casi frequenti, non avendo la posizione dei luoghi la menoma attinenza col giudizio. Un notaro di Bologna riceveva il testamento di Pietro, che passando per quella città vi depose la vita. Ma gli eredi abitano in altro paese d'Italia. Un legatario creditore di somma inferiore a L. 1500 citava al pretore locale; questi, vista la necessità *di collazionare la copia del testamento che è stata prodotta*, delega il pretore di Bologna.

Articolo 919.

Il pretore stabilisce con decreto il giorno e l'ora dell'accesso. Se vi sia stata delegazione, il decreto si scrive in fine di quello dell'autorità delegante. In

(1) Vedi l'articolo 783 del Codice civile.

entrambi i casi il decreto si deve notificare al depositario almeno un giorno prima dell'accesso, nei modi stabiliti per la notificazione dell'atto di citazione.

Il cancelliere fa risultare di ogni cosa per mezzo di processo verbale, che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, del giorno, dell'ora e del luogo;

2° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza dell'istante, e delle altre parti intervenute;

3° Il nome e cognome del pretore procedente, e del cancelliere;

4° La data del decreto che ordinò la collazione e che stabilì il giorno e l'ora per procedervi;

5° Il nome, cognome e la residenza del depositario, e la data della notificazione al medesimo del decreto che stabilì il giorno e l'ora della collazione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal depositario, dal pretore e dal cancelliere.

Le spese dell'accesso del pretore e del processo verbale sono anticipate dalla parte istante, salvo a provvedersi per il rimborso davanti il presidente o pretore che ordinò la collazione.

Annotazioni.

Non essendo in questo articolo indicata altra autorità che quella del *pretore*, ciò conferma la spiegazione data al capoverso 2° dell'articolo 918.

Sogliono presentarsi in serie le formalità dei processi verbali; ma d'ordinario non si favella del loro contenuto, che è il sostanziale. È di tutta necessità che il verbale contenga il fatto e le circostanze della verificazione e l'esito del riscontro; senza ciò, con tutto il rispetto delle forme estrinseche, non esisterebbe il processo verbale.

Se il processo verbale fosse confuso, ambiguo e non soddisfacente, io non dubito di dichiarare che il collegio può richiamare a sè il documento originale; e in certi casi di non facile lettura, commetterne l'esame a periti.

Articolo 920.

Quando le contestazioni riguardino le copie o gli estratti indicati nell'articolo 916, il ricorso si deve presentare al pretore o al presidente del tribunale o della corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le funzioni.

Il presidente o il pretore, chiamato il cancelliere, stabilisce con decreto il giorno e l'ora in cui procederà alla collazione. Il presidente può delegare all'uopo uno dei giudici.

Il presidente o il pretore nomina un notaro o altra persona che possa fare legalmente le veci di cancelliere, per assistere alla collazione e farne processo verbale.

Annotazioni.

Proseguendo il tema, le *contestazioni* quivi accennate sono pur esse relative alla *collazione*. Vi è dunque qualche cosa di speciale nella procedura per quei funzionari *che hanno una posizione permanente di dipendenza da una magistratura giudicante*; è ad essa che denno rispondere di un'azione poco degna di encomio, quella di porre ostacoli al corso della giustizia, rifiutando il debito d'ufficio. Pertanto le disposizioni degli articoli 918 e 919 non riguardano questa specie di funzionari pei quali è scritto l'articolo 920.

Formoliamo i diversi casi;

Se la contestazione sorga con depositari non compresi nell'articolo 919, ma fuori di giudizio, il ricorso si fa al presidente del tribunale civile che delega il pretore;

Se la contestazione si forma in corso di giudizio, il ricorso si porge al pretore; al presidente, se la lite pende avanti un collegio;

Se la contestazione è con un funzionario della classe di quelli accennati nel presente articolo, il ricorso è fatto alle autorità a cui serve e da cui dipende.

È solo in questo caso che può farsi luogo alla *delegazione di un giudice*. Questo regolamento, per quanto curioso di minuzie, lascia fuori, se il presidente del tribunale o della Corte non possa anche sbrigare la faccenda da sè, chiamando il cancelliere ed esaminando l'atto. Bisognerebbe essere ultraformalista per negarlo.

Neppure si dice che sarà per farsi se il dibattimento si sollevi avanti un'autorità giudiziaria che non sia quella *presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni*.

Io non credo per certo che la suddetta autorità mantenga la giurisdizione che le conferisce l'articolo 920. Il cancelliere funziona presso il tribunale di San Miniato. In una causa d'appello avanti la corte di Firenze si produce una sentenza spedita dall'indicato cancelliere, spedizione che viene impugnata perchè si pretende non conforme al suo originale. Niuno dirà che il ricorso debba esser porto al presidente del tribunale di S. Miniato. Anzi non ci sarà ricorso; ma si farà un incidente avanti la stessa corte d'appello, che delegherà all'esame il pretore locale.

Ma il funzionario in sospetto assiste alla operazione? La imperfezione della copia non si parifica al rifiuto; non lo sottopone alle sue conseguenze, deve ritenersi errore; dolo non mai, se non provatissimo. La legge suppone che quel depositario sia lo stesso cancelliere, e gli sostituisce un notaio, ecc.; ma non dichiara ch'esso non possa assistere all'atto (Riformo la mia opinione precedente).

TITOLO XI.

DEL SEQUESTRO E DELLA DENUNZIA DI NUOVA OPERA O DI DANNO TEMUTO.

CAPO I.

DEL SEQUESTRO.

SEZIONE I.

Del sequestro giudiziario.

Articolo 921.

Oltre i casi indicati nell'articolo 1875 del Codice civile, l'autorità giudiziaria può, sulla domanda della parte interessata, ordinare il sequestro di una cosa mobile, o di un immobile, quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione.

Annotazioni.

1. *Disposizioni dei Codici.*

Oltre i casi stabiliti dal Codice di procedura civile, dice l'articolo 1875 del Codice civile, « l'autorità giudiziaria può ordinare il sequestro: 1° di un immobile o di una cosa mobile, la cui proprietà o il cui possesso sia

« controverso fra due o più persone; 2° delle « cose che un debitore offre per la sua libe« razione ». Il Codice di procedura, esordendo colla stessa formula, mostra di aggiungere anch'esso qualche cosa al Codice civile, e *parla di pericolo di alterazione, sottrazione*, o *deteriorazione*. Ha cura di dichiarare che questo è il sequestro che chiamasi *giudiziario*, a differenza di un altro sequestro che chiamasi *conservatorio*, ed è materia della Sezione seguente.

2. *Generalità teoriche.*

La lite produce in determinate circostanze *una condizione d'indisponibilità*, che è la conseguenza di un diritto opposto, che anche prima di essere definito è forte abbastanza per reclamare delle guarentigie legali.

Questa nozione si dimostra coll'analisi dei suoi elementi.

Ma per ben comprenderla è necessario ricercare le diverse maniere per cui si manifesta la forzata indisponibilità di cui parliamo.

« La proprietà è il diritto di godere e dis« porre delle cose nella maniera più asso« luta », definisce l'articolo 436 del Codice civile. Ma segue ben tosto e quasi senza prender fiato, *purchè se ne faccia un uso non vietato dalle leggi e dai regolamenti*. LA LIBERTA' NEL DIRITTO: è la vera formula ideale fondata nella realtà.

Il diritto di proprietà vacilla, per così esprimermi, nella nostra mano quando un altro diritto che reclama quella stessa facoltà vi si approssima, e in certo modo l'abbraccia nelle sue spire. L'ipoteca affligge e mortifica la nostra proprietà stabile; ne attenua il sentimento, il valore e l'uso. Tutto ciò non è però il sequestro; perchè il mezzo con cui il diritto è infisso sulla nostra proprietà è così potente che basta per se solo a produrre tutto l'effetto necessario. L'ipoteca circoscrive la disponibilità, ma non la toglie: è questa la suprema distinzione che ha dal sequestro. Nell'estrinseco, il sequestro richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria: ed è questa la seconda nota di distinzione, ugualmente caratteristica.

Volendosi delineare una teoria, ritenuta l'idea fondamentale *di una indisponibilità che si genera dalla lite e si decreta dal giudice*, bisogna tener in vista la sua duplice e diversa manifestazione, che tecnicamente si divide in *sequestro* ed *inibizione*, dal carattere positivo e dal negativo: il *sequestro* apprende una cosa e la ritiene sotto la podestà del giudice; la *inibizione* non è che un limite nell'uso della proprietà, giustificato dall'abuso; abuso che minaccia l'altrui diritto (1).

Ciò che dobbiamo eliminare assolutamente dalla teoria, è quello che abbiam chiamato e chiamiamo ancora *sequestro esecutivo*. La confusione che per esso soleva introdursi nell'ordine dei sequestri propriamente detti, è stata al possibile evitata dal Codice odierno, che sembra esserne così sgomentato che ha collocato il *sequestro* e la *inibizione* ad una tale distanza e nelle ultime linee dell'opera, quasi a dimostrarne l'assoluta indipendenza, benchè sulla economia di questa distribuzione resti molto a dire.

Il *sequestro esecutivo* è una delle forme del genere *esecuzione*, e appartiene alla famiglia delle *esecuzioni mobiliari*. Il nome di *sequestro* è stato soppresso, surrogandovi la parafrasi seguente, *pignoramento dei beni mobili presso terzi*, ecc. (Libro II, Titolo I, Capo III). Tuttavia la sua natura di sequestre non può cancellarsi, essendo reale; e noi abbiamo spesso usurpato questo nome, senza improprietà, giova crederlo. Per accennare a tratti comuni e a tratti differenziali, diciamo che *il sequestro è inibizione e vincolo alla libera disponibilità* (2): l'oppignoramento dei beni mobili è pure una inibizione e un vincolo al disporre che colpisce nello stesso tempo il debitore, e il debitore del debitore. Ma esso è il portato di un titolo esecutivo; il suo oggetto non *ad conservandum*, ma *ad satisfaciendum*; laddove il carattere generale del sequestro propriamente detto, è *preventivo* e *conservatorio* (3).

Risalendo alla giurisprudenza classica, noi vi troviamo il doppio senso della *sequestratio*, ma le sue caratteristiche si mantenevano distinte. Vedesi nella Legge unica Codice de probib. sequestr. pecun. vietato il sequestro preventivo come quello che, anticipando sulla verità del giudizio, produceva gravame indebito al reo. « Quoties ex quolibet contractu « pecunia postulatur, *sequestrationis necessitas*

(1) L'indole dell'azione inibitoria sarà meglio spiegata al seguente Capo II.

(2) Parlando più espressamente al Capo II della inibizione, faremo le opportune distinzioni.

(3) I francesi non conoscono che la *saisie-arrêt*, che talora si confonde col *depôt judiciaire*. Nondimeno, in relazione all'oggetto, ora è *sequestro pignoratizio*, ora *sequestro reale*, o *in mano terza* (Pothier, *De la procédure*). Il sequestro esecutivo nel sistema francese ha pure una mistura di conservatorio, come ci sembra di aver rilevato a suo luogo; l'odierno italiano ha avuto in mira di purgarlo da questo amalgama, onde il concetto del *sequestro* proprio è uscito più schietto e preciso.

« *conquiescat. Oportet enim debitorem primo* « *convinci et sic ad solutionem pulsari* ». Evidentemente qui si tratta del sequestro esecutivo. Tuttavia il *sequestro giudiziario* era pure ritenuto nella pratica costante, e senza argnirsi da principii o da regole, la sua adozione risulta da molte decisioni di quella giurisprudenza. Tali sono i frammenti 13, § 2 de usufr. et quemadm., 21 § ult. de appell. 22, § 8 solut. matrim.; Leg. 5 Cod. quos appell., non rec. etc. Il pericolo di dilapidazione, di fuga del debitore, la violenza e così via, motivavano i sequestri conservatorii che ninna delle istituzioni moderne ha rifiutati, saviamente adoperando per meglio determinarne *a priori* l'applicabilità, lasciando al giudice tutta quella parte di arbitrio ragionevole che è nell'ordine dei fatti e delle circostanze.

L'esperienza, che è il supremo fra gl'istrumenti dell'analisi, ha fatto emergere delle distinzioni di cui i legislatori vengono approfittando.

Ora per la prima volta abbiam messo in chiara luce la separazione del *sequestro giudiziario* e del *sequestro conservativo*.

Il *sequestro giudiziario*, soggetto della presente Sezione, come il *conservativo*, materia della seguente, è sempre ordinato dal magistrato ad istanza di parte; il magistrato non procede mai spontaneo e per ufficio. La distinzione non può esser desunta che dall'*oggetto*. *Conservare la cosa che è l'oggetto della lite*, è questa la missione del *sequestro giudiziario*. Nei termini del nostro articolo 921 il magistrato *può ordinare il sequestro di una cosa mobile* o *immobile, quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione*, o *deteriorazione*. Ecco l'oggetto. Non altrimenti si dirà dell'art. 1875, n° 1, del Codice civile, che verremo più avanti esaminando (1). Il *sequestro conservativo* è nell'interesse diretto, immediato, del creditore, non nell'interesse di amendue le parti e della giustizia, quale il *giudiziario* (2). È facile il vedere che il carattere conservatorio è comune alle due specie, d'altronde tanto affini. Invero l'elemento conservatorio anche nel *sequestro esecutivo* esiste, ma secondario in relazione all'oggetto; e *piuttosto mezzo che fine* (3). In amendue le specie che veniamo considerando, il *fine immediato* è la custodia e conservazione, colle differenze sopra notate, non meno delicate che vere.

Già che siamo sul distinguere, proseguiamo. *Vi è differenza, e quale, fra sequestro giudiziario e deposito giudiziario?*

L'epigrafe della Sezione alla quale appartiene l'articolo 1875 del Codice civile (Sezione III, Capo II, Titolo XVIII, Libro III) sembra averli per sinonimi, così leggendo: *Del sequestro o deposito giudiziario*. Pothier ed altri scrittori hanno rilevato notevoli differenze *fra sequestro giudiziario e deposito giudiziario*. E l'illustre Pisanelli scriveva nel *Commentario al Codice sardo* (vol. V, part. II, pag. 59): « Il *sequestro giudiziario* ha luogo « quando viene controversa la proprietà di « una cosa; il *deposito giudiziario* si applica « quando non havvi questione di proprietà o « di possesso, ma per altra ragione la cosa « vuol essere ugualmente assicurata, come nel « caso della nomina di un guardiano, di un custode, di un amministratore, ecc. ». Onde nel deposito *il possesso rimane nel deponente* (4), diceva il Fabro (l. VIII, tit. 3, def. 16): il sequestro priva del deposito. Ma noi, per livellarci al sistema dell'attuale legislazione, dobbiamo proporre altre divisioni.

Il *deposito* e il *sequestro* sono istituti diversi (Titolo XVIII suddetto, epigrafe *del deposito e del sequestro*). Il Capo I tratta del *deposito propriamente detto;* la Sezione V dello stesso Capo I, *del deposito necessario*. Poi viene il sequestro (Capo II). Il sequestro è di due maniere, *convenzionale* (Sezione II) e *giudiziario* (Sezione III). Il *deposito giudiziario* è la terza specie dei depositi considerata dal Codice, ed assorbe la distinzione di Pothier o de' suoi interpreti, per quanto fondata in logica. Esso è confuso, come l'epigrafe insegna, collo stesso sequestro giudiziario. Il sequestro giudiziario, a differenza del *conservativo*, trasporta il possesso nel giudice; nel conservativo si verifica il vincolo. Essere sequestrata la cosa vale di conseguenza essere *depositata* in mano al giudice, e questo basti ad onore del tecnicismo.

3. *Esame specifico.*

a) Sequestro giudiziario della cosa mobile.

Non può incontrarsi intorno a questo seria difficoltà. È palese che l'articolo 921 della procedura illustra il 1875 del Codice civile che

(1) Vedi appresso, num. 3, *Esame specifico*.

(2) In pratica le differenze possono scomparire o non trovarsi più così precise, come in breve vedremo.

(3) Il vincolare le somme è *mezzo a conseguire la soddisfazione* coll'impedire il debitore di ritirare il danaro e disperderlo. Ma ciò che più distingue il sequestro esecutivo dal conservatorio, e non si confonde in queste poco discernibili gradazioni, gli è appunto il suo carattere esecutivo.

(4) È deve sempre intendersi nel deposito *proprio*, non nell'improprio.

manca di motivi, e non potrebbe avere un'applicazionè pratica abbastanza sicura. La lite, la lite senz'altro, non darebbe al giudice autorità di passare al sequestro sulle più insistenti domande di una parte. Vi dev'essere una ragione che, separandosi dal merito della contestazione, riguardi la cosa stessa o l'oggetto del litigio, secondo la nozione che si è data. Le condizioni sono enunciate: *quando siavi pericolo di alterazione, sottrazione,* o *deteriorazione* (1).

In ordine a cose mobili la significazione di codeste cause non può esser dubbia. Vedesi per altro che cause consimili si ripetono nel sequestro conservativo. « Il creditore che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del « suo debitore, *di temere sottrazioni*, ecc. » (articolo 924). Se non che, per mantenere la distinzione che oggi è posta per la prima volta in rilievo dalla procedura, convien dire che quando la cosa è in pericolo piuttosto pel suo stato di esposizione e di abbandono, che per qualche insidia e mal uso del debitore, si operi il *sequestro giudiziario*. Un oggetto prezioso non è ben guardato nella stanza dove si trova, e posso anche supporre un luogo terzo; un quadro di costo giace in luogo umido, e deve trasportarsi in altro più acconcio; gli animali sono allogati in una stalla attaccata da infezione: senz'affermare diritti per veruna delle parti, la paterna cura del magistrato soccorre all'interesse di tutte.

Non porrò come una delle condizioni del sequestro giudiziario *che la cosa*, oggetto del litigio, *sia fuori del possesso del convenuto*; la legge non pone questa condizione, ed io non ve l'aggiungo; posso bensì supporre un possesso negligente, incanto, di maniera che sia permesso di chiedere una migliore custodia alla provvidenza del tribunale. Il convenuto che deve consegnarmi dei cavalli, a me legati dal suo autore, forse prevedendo il mal esito della lite, li lascia andare sciolti per la campagna, con evidente pericolo di depredazione (sottrazione). Può aver luogo il sequestro giudiziario come di cosa incustodita ed esposta. Se i cavalli fossero tenuti in buona custodia dall'erede, debitore del legato, potrei valermi piuttosto, quando fosse luogo, al *sequestro conservativo*, giusta il seguente articolo 924.

Vi è un altro carattere distintivo forse più rilevante di quelli fin qui percorsi. Il *sequestro giudiziario* ha per oggetto *una cosa materiale, un corpo determinato*. Il *sequestro conservativo* può riguardare un insieme di cose, i mobili del debitore, le sue ragioni di credito. Oltrechè *non è l'interesse della esistenza o integrità della cosa* che muove il tribunale, *ma quello del credito e del diritto*, manca quella circoscrizione e definizione di un corpo specifico e determinato al quale si applica, come in suo fine speciale, la cura del magistrato in ordine al *sequestro giudiziario*.

b) Sequestro giudiziario degli immobili.

Qui il tema è alquanto più arduo.

Il Zaccaria ha detto con quella sua incisiva brevità: « I tribunali sono autorizzati ad « ordinare il sequestro di una cosa che formi « l'oggetto di una istanza giudiziaria, *quante « volte la conservazione dei diritti delle parti « loro sembri esigere siffatta misura*, e special- « mente 1° allorquando la proprietà di una « cosa è contestata, e vi è pericolo per colui « che la rivendica a lasciarla nelle mani della « parte che la possiede (2); 2° quando, es- « sendo contestato lo stesso possesso, non vi « abbiano sufficienti motivi per attribuirlo al- « l'una delle parti, anzichè all'altra » (§ 409). È un riferimento all'articolo 1961, n° 2, del Codice Napoleone, al quale è conforme l'articolo 1875 del Codice italiano.

Una dottrina esposta in termini sì generali può esser buona come teoria; ma essendo poco più che una parafrasi della legge, che ormai vedremo come sia scarsa, ben poco profitta a quei problemi che la pratica ha bisogno di sciogliere.

Si è osservato in principio di questo commento, che Il Codice civile e quello di procedura offre ciascuno per conto proprio specie distinte *di sequestro giudiziario*, con vicendevole riserva di non pregiudicarsi, così apertamente mostrando che la disposizione di procedura, quantunque posteriore, non è punto una riforma e neppure uno schiarimento di quella del Codice civile.

Fermiamoci prima sulla legge di procedura. Può essere sequestrato un immobile quando siavi pericolo di *alterazione, sottrazione* o *deteriorazione.*

Il testo suona così, questo è il suo dettato materiale; ma è facile vedere che dei tre predicati che qui si enunciano, il secondo non può assegnarsi che a cose mobili. Una cosa

(1) Questo ben prova che il *sequestro giudiziario* non richiede, come sua condizione, *la controversia sulla proprietà o sul possesso*.

(2) A questo, rispetto a cose mobili, può valere l'esempio che teste abbiamo dato.

mobile può aderire ad un immobile e formare con esso un complesso giuridico, ossia può considerarsi immobile per destinazione, ma in tal caso non si direbbe che il sequestro giudiziario *cade sull'immobile*. Se gli animali da tiro fanno parte della possessione, una volta che sia minacciata la loro esistenza ed il sospetto della loro *sottrazione* spinga a porli sotto sequestro, sono considerati nella loro propria natura di cose mobili, e cessa la finzione dal momento che non sono sequestrabili coll'immobile, ma si sequestrano separatamente.

Resta il pericolo *dell'alterazione* o *deteriorazione*.

Ci sarebbe assai poca proprietà di termini nel dire, che un immobile può essere soggetto *ad alterazione*. Pur questo dovrà reputarsi un pericolo delle cose mobili, di quelle sostanze specialmente che hanno qualità chimiche le quali facilmente si trasformano, o naturalmente o per arte ed inganno. Del resto il vocabolo *deteriorazione* può bastare alle temute vicende dell'immobile.

Appurando pertanto la locuzione testuale, si conclude *che l'immobile potrà essere sottoposto a sequestro giudiziario quando vi sia pericolo di deteriorazione*.

È manifesto che questa causa di sequestro non è precisamente quella recataci dall'articolo 1875 del Codice civile, che è semplicemente *una controversia di proprietà* o *di possesso fra due* o *più persone* (1).

Una controversia, solo per essere una controversia, non sarà mai un motivo ragionevole ed onesto di un sequestro giudiziario. Difendersi in giudizio da una pretesa di possesso, da una pretesa di rivendicazione, è un diritto; e l'interdetto non può stare sulla punta di una citazione. Ma forsechè il sequestro giudiziario vuol surrogare gl'interdetti? Tanto più ch'esso estende la sua possanza sino *alle controversie di proprietà?* Tanto è lontano che possa mai avvenire tal confusione, che conviene anzi molto guardarsi dall'offendere l'istituto possessorio e i rimedi che vi sono inerenti (art. 694, 695, 696, 697, ecc. del Codice civile): una delle parti più insigni e meglio sistemate di tutto il Codice. La conseguenza che si deduce da questo discorso ella è: che il contenuto dell'articolo 1875 del Codice civile è tutt'altro da quello dei citati articoli, e per attribuirvi un senso netto, un senso pratico e preciso, è d'uopo ideare una combinazione diversa, onde sia una cosa reale e suscettiva di applicazione.

È d'uopo che la controversia produca qualche cosa di *étrange*, qualche cosa di veramente pericoloso, onde uno dei litiganti sia privato del suo possesso, e questo possesso sia trasportato o, se vuol dirsi, *depositato* in mano al giudice (2). Dico *possesso*, avvegnachè la legge favelli di proprietà; ma la proprietà è una idea e non potrà mai essere oggetto di un sequestro.

Qui potrà giovare il portare uno sguardo sullo stato della giurisprudenza anteriore al Codice Napoleone, che nell'articolo 1961 pose questo dogma del sequestro giudiziario senza spiegarlo; articolo ricopiato dai Codici successivi, compreso il Codice italiano, e tolto alla lettera come quello che fu giudicato irreprensibile. Se il Codice Napoleone prese a buona guida Pothier, questi a sua volta fu l'interprete più popolare e più sincero del diritto romano.

Nelle fonti troviamo primieramente che *il pericolo delle risse*, di una presa d'armi, di una violenza, è ragione perchè il giudice si rechi egli stesso in mano la cosa controversa (Leg. si ususfructus 16 de usufr. et quemadm.) (3). Le prammatiche svoltesi dal diritto romano, attraversando epoche di anarchia sociale, fra gente sempre disposta a farsi giustizia da sè, poterono fondarsi in quella grande autorità, mentre i possessi mal definiti e contrastati tiravano a scandali di cui la civiltà ha fatto perder la traccia; e la teoria del sequestro giudiziario ebbe appunto la sua principale applicazione in fatto di possessi. Il possesso detto *sommarissimo* nacque da questo, dal bisogno di far presto, di decidere in un modo qualunque, ma di decidere. I fecondi scrittori di *rimedi possessorii* lo ripetono di continuo (Me-

(1) Non parlo del num. 2, che si fonda *in un fatto di offerta del debitore*, ed è molto proclive a confondersi colla offerta reale. Discorrendo però della offerta reale, si è mostrata possibile la sua esecuzione in giudizio.

(2) « Le séquestre d'une propriété, *étant un mesure extrême*, qui prive le propriétaire, pour un « temps indéterminé, de l'exercice et de la jouissance de ses droits, ne doit être prononcé par le « juge *que dans cas très-graves*, tels que celui où la « propriété étant contestée, *son exercice pourrait* « *présenter du danger et des chances telles que le* « *dommage deviendrait irréparable* » (Cour de Liege, 17 juillet 1833, *Journal de Bruxelles*, pag. 491).

(3) « Cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixam « procedere patiatur prætor quos potest jurisdi- « ctione sua componere? ».

nochius, *De adipisc. possess. remed.*, VI, n° 32, et de retin. remed. ultim., n° 45; Scaccia, *De appellat.*, cap. II, quest. 17, limit. 6, membr. 2; Posthius, ecc.). Venendo a tempi più prossimi, si legge nelle RR. Costituzioni del Piemonte (lib. III, tit. 2, n° 3): « Potrà anche procedersi « al sequestro nei casi dalla legge permessi, « come quando, controvertendosi il possesso di « qualche cosa immobile, *può temersi che le « parti vengano alle armi ed all'atto della vio- « lenza*, oppure, trattandosi di cosa mobile, la « persona che la tiene sia sospetta di fuga o « di poterla occultare ».

Si è detto che la civiltà dei tempi abborre dalla violenza e rigetta insieme siffatti rimedi (Troplong, *Du Dépôt et séquestre*, n° 287; *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. 2, pag. 60). Credo poter rispondere, accettando l'encomio della civiltà e de' suoi benefici influssi; che, per quanto l'evento sia straordinario, è possibile; che i possessi di fatto essendo in tutti i tempi materia astrusa e piena di contenzioni, non vi è poi nulla che contrasti ai nostri ordini legislativi, se nella difficoltà di delineare il possesso di fatto conteso da molti, non potendosi senza pericolo farvi riposare l'uno o l'altro dei contendenti, il giudice nomina un amministratore, un custode che renderà conto a chi di ragione, ed ecco *il sequestro giudiziario.*

Pertanto se il sequestro giudiziario ha forse la sua principale espressione *nei giudizi possessorii*, non sarebbe nella competenza pretoriale, e implicitamente contenuto nell'art. 82? Il n° 2 di quell'articolo nulla spiega e tutto dice — *le azioni possessorie* — nella qual formula è compresa ogni maniera di azioni possessorie considerate dal Codice, e ogni rimedio che a quella combinazione appartiene, non escluso *il sequestro giudiziario.* Esso diventa un provvedimento come un altro, che eziandio per ragione di competenza dipende da quello del giudizio principale a cui si attiene; quindi come il pretore può risolvere l'assegnazione del possesso, così *può interinalmente nominare un sequestratario giudiziale sui fondi di cui si controvertono i confini* o *si dibatte l'uso e il godimento di fatto.* E con serio proposito facciamo questa interessante addizione all'articolo 82.

Ma l'articolo 1875 del Codice civile accenna anche *alle contese di proprietà*, e qui invero il sequestro giudiziario è un concetto difficile. Il possesso può essere, o no, involto nella questione di proprietà; ma il sequestro cade sempre sul possesso. « Non solet sequestratio, « ammoniva il Fabro, per judicem decreta « possessionem eripere possessori, si ex ea « sequestratione fiat ut possessor privetur « fructu et commodo suæ possessionis, *spo- « liatus videbitur (quia videtur judex hoc casu « animum spoliandi habuisse)*, et consequen- « ter iisdem actionibus et remediis utetur ad « suam possessionem recuperandam, quibus « uti posset si ab adversario ipso spoliatus « proponeretur » (Ad Cod., lib. VIII, tit. 3, def. 16). Queste parole del sommo giureconsulto sembrano pronunciare la condanna del sequestro giudiziario nelle contestazioni di proprietà.

Nondimeno, per quanto al giudice sia necessario il tatto della moderazione e della prudenza per discendere a tali misure, la legge può bene operare *tempore congruo*, a queste due condizioni: 1° che colui a danno del quale si ordina il sequestro giudiziario dell'immobile, si ravvisi mancante di buone ragioni; 2° se abusi, o si abbiano motivi per sospettare ch'egli sia per abusare della cosa litigiosa; osservando inoltre che il sequestro potrebbe cadere sui mezzi, sui documenti, per esempio, sulle carte che interessano la questione della proprietà (1).

L'articolo 921 della procedura non è limitativo del 1875 del Codice civile, lo ripetiamo; contiene un fatto che giustifica il sequestro giudiziario; nulla toglie all'ampiezza dell'altra legge. Ma perchè non si veggono prescritti limiti all'articolo 1875, esso è forse illimitato? L'ordinanza del 1667, non tracciando ipotesi di sorta, legava però l'arbitrio del giudice alla ferrea condizione della necessità: « Les sé- « questres pourront être ordonnés d'office « (ora non più d'ufficio) en cas que les juges « estiment *qu'il y a nécessité de les faire* ». Ciò che vi aveva, e vi ha ancora, d'illimitato, è il sentimento delle necessità; sindacabile però e corretto dalla ragione. Osserva Troplong (*Du dépôt et séquestre*, n° 297) che la giurisprudenza del sequestro giudiziario si è venuta gradatamente fissando sulle controversie *relative alla rescissione della vendita* o *alla risoluzione di essa per non pagato prezzo.* Può aggiungersi che qualche specie di sequestro

(1) Il Fabro rammenta un caso deciso dal Senato di Piemonte, nel quale obbligò una parte *a depositare tutti i documenti e atti relativi a una donazione controversa*, che equivale ad un sequestro giudiziario (in Cod., lib. IV, tit. III, defin. 4; *Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. II, num. 62).

giudiziario è determinata dal Codice civile; tale è il caso dell'usufruttuario che non può dar cauzione (art. 498, 499).

E questo caso ci riconduce ad una applicazione fra le più comuni dell'articolo 921 della procedura. Se l'usufruttuario *deteriora* e impoverisce, con manifesto abuso del suo diritto, l'immobile usufruito (dicasi ugualmente dell'affittuario), potranno i beni assoggettarsi a sequestro giudiziario.

Articolo 922.

Quando le parti non concordino nella nomina del sequestratario, la nomina è fatta dall'autorità giudiziaria che può anche nominare quello dei contendenti che offra maggiori guarentigie o dia cauzione.

Annotazioni.

1. Una breve ricerca sulla competenza.

Se il sequestro giudiziario è una di quelle misure che sogliono adottarsi in pendenza di un giudizio, come parrebbe desumersi dall'articolo 1875 del Codice civile, n° 1, è semplice a dire, che il magistrato della causa principale è rivestito eziandio della cognizione incidente.

Resta però a vedere, *se lo stesso sequestro giudiziario non possa essere l'oggetto di una domonda principale.*

Notava il Troplong (*Dépôt et séquestre*, n[i] 297, 298) che la giurisprudenza ne offre qualch'esemplo: ma egli crede non doversi ammettere che come rara eccezione, e con ciò sembra convenire nel principio che il sequestro giudiziario si genera da una controversia pendente. Il Pisanelli nel *Comment.* (vol. V, p. II, p. 64) esprime questa opinione in un modo più generale. « Le parole della legge, egli dice, « sembra che presuppongano un giudizio pen« dente, ma crediamo doversi preferire una « contraria interpretazione ». Invero la legge non prescrive quale condizione una lite pendente; ma la controversia può sorgere, lo prevedo, dalla stessa domanda.

Questa che io espongo può dirsi un'opinione media. Io non ammetto la necessità di un giudizio principale precedente; ma non ammetto neppure che possa farsi una domanda di sequestro giudiziario isolatamente da un'azione principale. Il sequestro giudiziario non può stare come oggetto a se stesso, come proprio fine; non è mai che un mezzo, e sempre un mezzo, altrimenti sarebbe indefinito e senza un esito al quale doversi riferire. Nel caso, che è uno dei più spiccati, del proprietario che preme colla domanda di un sequestro giudiziario sull'usufruttuario che manomette la sostanza, egli spiegherà contemporanea l'azione di decadenza o di privazione del diritto di godere, che ne formerà l'oggetto, e intanto l'amministrazione giudiziale sarà la guarentigia del diritto reclamata dalla urgenza delle circostanze. Insomma *la domanda del sequestro sarà o incidente o contemporanea della domanda principale.*

Con questo si risolve facilmente la questione della competenza. Male potrebbe definirsi la competenza se l'oggetto principale fosse lo stesso sequestro, ma è pronto il concludere ch'essa sarà determinata dall'azione principale, in ragione della qualità dell'azione medesima combinata col valore.

2. Il tenore dell'articolo 922 conferma che il sequestro non è altro che l'amministrazione giudiziaria che può esercitarsi anche da un sequestratario convenzionale.

Articolo 923.

La consegna della cosa immobile o dell'immobile al sequestratario si fa dall'usciere, osservate le disposizioni degli articoli 742 al 749 inclusivamente, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

Tutti gli articoli richiamati sono sostanzialmente applicabili, surrogato *alla parte richiedente* il *sequestratario*, al quale l'usciere fa la consegna del mobile o dell'immobile. Può restringersi l'applicazione dell'articolo 748 per un motivo evidente. Alla consegna dell'immobile che si fa alla parte, giusta quel titolo, non è congiunta come una pertinenza la *consegna dei mobili* che stanno nella casa, o giacciono in qualche angolo del fondo a cui non servono. Onde la disposizione dell'articolo 748 ordina la espulsione dei mobili, eccettochè non

siano pignorati, dovendosi in tal caso rispettare il diritto del terzo. Ma all'evento di un sequestro giudiziario, i mobili possono ben rimanere dove si trovano, e passare sotto la custodia dell'amministratore giudiziale, che li conserverà nell'interesse del sequestrato medesimo.

SEZIONE II.

Del sequestro conservativo.

Articolo 924.

Il creditore che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, di temere sottrazioni, o sia in pericolo di perdere le garantie del suo credito, può domandare il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore medesimo, se la legge non ne vieti il pignoramento.

Annotazioni.

1. Il *sequestro conservativo*, anzichè la cosa controversa, ha per oggetto il credito e la *conservazione dei mezzi opportuni al suo soddisfacimento*. Non versa fuorchè sui *mobili* o sui *crediti del debitore;* non si esercita sugl'immobili, onde un'altra differenza dal sequestro giudiziario.

2. *Del credito.*

Si è avvertito superiormente, che il *sequestro giudiziario* ha sempre carattere di *mezzo* non solo nel suo scopo obbiettivo come lo stesso sequestro conservativo, ma eziandio nei rapporti della forma giudiziale. Io almeno non comprendo il sequestro giudiziario senza che sia noto al giudice il fine a cui mira, in quanto risulta da un altro giudizio o pendente o contemporaneo. Il sequestro conservativo ha già il suo fine ostensibile *nel credito che si vuole assicurare*. Il credito deve giustificarsi; questa è la base certa del sequestro, l'inevitabile sostrato; ma la domanda può proporsi separata da ogni altra, può stare da sè (1).

Che il credito sia scaduto, non è sempre necessario a provarsi, come fra breve diremo. In questo proposito si è arrivato sino a dire che una delle condizioni del sequestro conservativo si è la *non esigibilità del credito* (*Gazzetta dei Tribunali*, anno 1864, pag. 64), ma questo è troppo, e non può accettarsi che sotto una distinzione. Il credito è scaduto, e quindi esigibile; lo è immediatamente e forzatamente, so già si possiede un titolo esecutivo. In luogo del sequestro è a nostra disposizione il pignoramento, che è rimedio più decisivo e finale. Ma il debito, quantunque scaduto e domandato, non si può compulsare per le opposizioni del debitore: o intanto si viene manifestando il pericolo di non esser pagato nè adesso, nè mai. Il sequestro conservatorio, più celere dell'esecutivo (pignoramento), lascia al debitore tanto di libertà quanto basta per difender le sue ragioni, ma gli toglie quella di eludere l'effetto della ragione altrui.

Il credito dev'esser giustificato, dissi di sopra. E qui può incontrarsi difficoltà non lieve. Vedremo, discorrendo i seguenti articoli, che il giudice del sequestro conservativo può esser tale che non avrebbe competenza per giudicare del diritto del credito in ragion di valore. Il giudice del sequestro si contenta della estrinseca sussistenza, ossia di quella onesta credibilità che nasce dal titolo da cui il credito si mostra sorretto; non osserva che la buona apparenza, la sembianza legittima del credito e del titolo che lo sostiene. Un qualche cosa d'intuitivo, tale da persuadere della esistenza del credito, deve uscire dal documento che si spiega innanzi al giudice; dato pure che quel documento possa più tardi venire impugnato e suscitare sull'essere suo chi sa quante que-

(1) Vedi gli articoli seguenti.

stioni (cassazione di Torino, 4 febbraio 1865, Levi contro Favar). Una scrittura privata, sottoscritta dalle parti, sottoscritta da testimoni, nitida e di un tenore pienamente verosimile, sebbene in giudizio possa venir contraddetta, basta nondimeno a quella giustificazione del credito che qui si ricerca (1). Contuttociò il creditore che ottiene il sequestro, non acquista verun titolo giudicato opponibile quando che sia al suo avversario; non lo acquista perchè il giudice non pronuncia sull'oggetto, *ma solo ne deduce un elemento subbiettivo, un elemento di convinzione ad un altro scopo*, che è quello di decretare il sequestro; non lo acquista perchè non può aversi argomento di cosa giudicata da un atto unilaterale.

In ordine a *pignoramenti* o *sequestri esecutivi* ci è noto il disposto dell'articolo 568, che non concede il passo ai *crediti incerti* ed *illiquidi;* ma simile requisito non è necessario ai sequestri conservativi (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. II, n. 112). La legislazione francese è stata in questa materia sorpassata dalle italiane, le sue disposizioni sono più ristrettive (2). Si ritiene nondimeno che anche le corrisposte future o non liquide (3) possano venire così assicurate (cassaz. francese, 16 maggio 1849. Dalloz, *Rec. pér.*, 1849, t. I, pag. 130, 1847, t. II, pag. 21).

Si può adunque procedere ad un sequestro conservativo anche per un credito illiquido (4).

Ma la proposizione non deve predicarsi in modo troppo assoluto. Dirò di passaggio, che il giudice non arrestandosi alla illiquidità della somma, non permette un sequestro che non sia circoscritto a valore determinato. Egli adunque dispone *a qual somma sia da restringersi il sequestro*, moderando e non esagerando la quantità che dovrà più tardi essere liquidata colla debita precisione. Ma il giudice potrà ben trovarsi a fronte di una liquidazione indaginosa e difficile.

Due aspetti generali, diversi fra loro, porgono d'ordinario le azioni da liquidarsi. O la illiquidità, e quindi la incertezza di valore che ne deriva, è nello stesso credito la cui realtà d'altronde è provata dal documento; o la illiquidità è il necessario prodotto degli elementi instabili ed opposti, dall'analisi de' quali deve risultare il credito; e veramente in questo secondo caso credito non esiste. Se chi deve dare o ricevere e liquidare un conto, un *bilancio*, presenta al giudice le sue partite di credito e promuove perciò un sequestro, salvo all'avversario di fare indi valere le proprie, tale domanda non sarebbe ammissibile (corte d'appello di Genova, 3 aprile 1846, *Collezione* Gervasoni, pag. 351).

3. *Delle cause del sequestro conservativo.*

a) La legge ha raccolte le cause per le quali questa misura straordinaria è permessa: 1° il sospetto di fuga del debitore; 2° il timore di sottrazioni; 3° il pericolo di perdere le garanzie del credito.

Queste tre cause si ritengono *tassative* ed *esclusive;* non esemplari o dimostrative (cassazione di Torino, 1° febbraio 1865; Bettini, tom. I, pag. 132). Nella loro espressione generale e comprensiva hanno in sè un numero infinito di circostanze che la teoria non apprende, ma bisogna poterle rassegnare a taluna di codeste classi.

La legge sembra dedurre la gravità del pericolo dalle impressioni del creditore. Ma le sue impressioni devono passare nell'animo del giudice, e allora soltanto hanno consistenza giuridica.

La *fuga del debitore* è, come dicesi, allarmante e pericolosa in quanto dimostra il suo stato di decozione e la intenzione di abbandonare e disperdere il poco che gli avanza. Chi ha una sufficiente sostanza *parte* e *non fugge:* la fuga s'interpreta atto di disperazione, ma tale non è se non accompagnata da un estremo disordine economico, anzi se non è causata da quelle. Fugge chi è inseguito dalla giustizia penale: non pullulano perciò i sequestri; lasciatelo andare; egli non paga colla persona, ma coi beni. Sarebbe a domandare se *il sospetto di fuga basti* senza che risulti indizio di *sottrazioni*. Ma la legge vede nella fuga la sottrazione e della persona e quella dei beni, se siano pochi, scarsi, di facile trasporto o nascondimento. Ciò che la legge colpisce è vera-

(1) Se la scrittura fosse già impugnata a verificazione pendente, si potrà accordare il sequestro provvisorio? Non si può dare una risposta assolutamente negativa. Dipende tuttavia da circostanze di cui il giudice del sequestro è arbitro prudente, come dirò un po' più avanti.

(2) La *saisie-gagerie* ha luogo in due casi: garantire l'interesse dei locatari (articoli 819 e seg. della procedura); garantire l'interesse dello statista contro il forestiero (articolo 822).

(3) Supposto che Tizio pagasse corrisposte in natura, e quindi da accertarsi quanto alla somma, non sarebbe meno legittimo il sequestro, data la condizione del pericolo.

(4) Laonde merita approvazione la sentenza della corte d'appello di Milano del 3 novembre 1866 (*Monitore dei Tribunali*, 1866, num. 48, 49).

mente la *conseguenza della fuga;* ma la deduce come nn risnltato positivo.

b) Pericolo di perdere le garanzie del credito.

Le *garanzie* che la legge provvida permette di conservare mediante il sequestro, sono le *garanzie accidentali,* non le stipnlate e costitnite. Bisogna sapere se il contraente ha avuto fede in qualche garanzia che è già stata data. Chi ha ritirato un pegno, una malleveria, non può gravare di più il debitore, ove cotali guarentigie non siano venute meno. Una garanzia stipulata si reputa sempre sufficiente fiachè esiste; e questa legge non è giusta e commendevole se non ad un patto: il flagrante pericolo. Non so se sia esattissimo quel modo di dire — *perdere le garanzie del suo credito.* Questo modo *determinato* a chi ha il tatto dello scrivere proprio, può far supporre garaazie già esistenti; dovrebbe invece dirsi: *chi si trova in pericolo di perdere ogni garanzia del suo credito:* se pure è intendimento della legge di accorrere ad ogni pericolo del credito. Così si verifica *che i beni del debitore sono la garanzia comune de' suôi creditori* (articolo 1949 del Codice civile). Le *garanzie formali* e convenute sono patti che ad un tempo devono rispettarsi dal debitore e dal creditore; quegli le sopporta come una obbligazioae dalla quale noa può liberarsi; questi è costretto talvolta a valersene a prefereaza di altri mezzi di soddisfacimenti; e uaa di tali cantiagenze sarebbe appuato qnella di cui parliamo.

L'apprezzabile senteaza della corte di Milano ricordata in nota, tanto più lodevole qnanto nell'esordio del nuovo sistema seppe afferrarne i veri principii, al credito di operai e di cottimisti verso l'appaltatore applicava il beneficio di questa legge, sulle somme dovute dal committente allo stesso appaltatore che versava in isfavorevoli circostanze; e mi compiaccio a dire, che quella sentenza è un documento utilissimo. Soao così frequenti i casi di operai e prestatori, vittime della impotenza o delle tristizie degli speculatori; o fortunatamente la legge è così flessibile nella sua estesa dizione, che può condursi a diverse applicazioai di giustizia senza il menomo sforzo!

c) Del sequestro conservativo a favore dei proprietari e dei locatori.

I locatori, che furono oggetto di particolare attenzione del Codice di procedura francese, come notai un po' più indietro, non sono punto mentovati nella nostra. La ragione si è, che noi non escludiamo verun credito, e non facciamo dello stesso pericolo un privilegio; ma insieme ci guardiamo dal confondere il *privilegio del locatore* colle generali cautele prodotte da questo articolo.

I francesi non conoscono il vero e proprio sequestro conservativo; ma attaccandosi, a dir vero, un po' troppo tenacemente al privilegio del locatore, cancellano per lui anche le regole ordinarie della esecuzione, e pongoao *che il proprietario o conduttore principale di case o fondi rustici* possa, '*un giorno dopo la intimazione del precetto,* sequestrare per fitti e pensioni scadute i mobili e i frutti esistenti nelle case o sui fondi (articolo 819 del Codice di procedura francese).

Tutto ciò che è dovuto alla specialità dei rapporti fra proprietario ed enfiteuta, fra locatore e conduttore, è nella nostra legge concesso, rispetto ai mobili, negli articoli 1958 ni 2, 3 del Codice civile. È scritto a favore del locatore un diritto di sequestro conservativo, tutto particolare, nell'ultimo capoverso di questo numero 3°, *se il conduttore trasporta i mobili fuori della casa locata.* Tutti questi diritti particolari lasciano il proprietario o locatore nella condizione comune quando si tratta di mettere al sicuro i loro crediti a fronte dei pericoli che prevede l'articolo 924. Potranno avere un vantaggio dal lato del titolo; il loro titolo di credito avrà una evidenza maggiore; avrà, se è lecito dir così, maggiori simpatie; ma infine la legge ha voluto livellare tutti i crediti legittimi in faccia al privilegio, salvo la efficacia che questo sarà per esercitare in confronto di altri creditori. Ma se in questa parte i proprietari e locatori non hanno diritti maggiori degli altri, non ne avrebbe invece più limitati, *atteso appunto ch'essi sono forti d'altre guarentigie,* cioè dello stesso privilegio?

Io propongo a me stesso questo dubbio, avendo di sopra enunciata la massima che chi ha stipulata una garanzia deve star contento a quella, nè può ricorrere al sequestro conservatorio per averne una ultronea ed esuberante. Ma di *garanzie convenute* e *stipulate* io parlai, e mossi da quella base. Io non credo sia da comprendersi in questa teoria una *guarentigia legale.*

La garanzia convenzionale, mentre assoggetta il debitore a particolare obbligazione, come di fare un deposito, dare un pegno, una fideiussione, *preserva il debitore stesso dalla inflizione del sequestro conservatorio;* non so se questo sia stato detto da altri, ma la cosa è così, e desidero di essere inteso. Il creditore non è legato a quella garanzia in modo ch'egli non possa oppignorare altri beni del debitore. Il debitore, per esempio, ha dato una ipoteca;

per costringerlo a soddisfare il debito in non son tenuto a perseguire il fondo ipotecato; e posso oppignorare i mobili della casa del mio debitore. *Ma il sequestro conservativo non è giustificato che dalla urgenza del pericolo e dalla necessità;* senza ciò sarebbe una pressione indebita, quasi violenza. Vero è che talvolta la garanzia stessa può esser dubbia di sua natura, e aver tutto l'interesse di assicurarsi una garanzia reale. Non può dire, io sono in pericolo di perdere la *garanzia del credito*.

Il favore che la legge accorda a certa qualità di crediti, come quello del locatore, ha un altro carattere. Primieramente non si può opporre al creditore ch'egli si è contentato di quella garanzia; che ha corso quella fede. I mezzi legali di privilegio non porgono mai la sicurezza di una garanzia convenzionale. Il mio affittuario, moroso già di più rate, a quello che pare, fa i fagotti per andarsene; egli si trova nelle peggiori condizioni. Ho il privilegio, è vero, sui mobili della casa, ma questi possono volarsene entro la notte: in effetto la mia garanzia è molto fragile, e se io, scoperto che il mio affittuario ha un credito verso un terzo, mi avanzo di sequestrarlo, non potrò esser rimandato, quasichè io sia assicurato dal mio privilegio, che d'altronde è piuttosto una prerogativa del credito che una formale sicurezza. (Vedi sotto appendice A).

Articolo 925.

Il sequestro si concede sopra ricorso motivato, premesse, se ne sia il caso, sommarie informazioni.

Il sequestro può anche concedersi col decreto che permette la citazione a breve termine.

Annotazioni.

Due e distinte modalità contiene questo articolo. Il sequestro si può ottenere con semplice ricorso; nulla vieta che possa ottenersi con citazione. Un *ricorso motivato*, il documento del credito, un certificato di testimoni, o meglio ancora una informazione orale fatta al giudice da due testimoni; qualche sentenza, se vi ha, o qualche protesto che facciano argomento della situazione del debitore, è quanto potrà richiedersi dal giudice più scrupoloso. Si permette di accordare il sequestro *con quello stesso decreto che ordina la citazione a breve termine* (articolo 154). L'usciere cita e pratica il sequestro (che può ben essere un pignoramento di mobili) nello stesso tempo. Alla prudenza del giudice se il ritardo di qualche ora, di qualche giorno, possa tornar dannoso.

Se il ricorso non si presenti molto chiaro, le informazioni non siano persuadenti, niun dubbio che il giudice può rinviare il ricorso e preferire il metodo della citazione (a breve termine), onde *non fiat sequestratio partibus inauditis* che da liberali giureconsulti è riprovato (Fabro).

La domanda *per ricorso*, stragiudiziale, e non notificata preventivamente alla parte, può farsi alla competente autorità eziandio in pendenza di giudizio, non distinguendo la legge; la quale autorità potrà pure, non colpita da massima urgenza, ordinare il procedimento per via di citazione (1).

Articolo 926.

Il sequestro può concedersi per qualunque valore dal pretore del luogo in cui deve eseguirsi.

Può anche concedersi dal pretore o dal presidente del tribunale competenti a conoscere della causa principale.

Articolo 927.

Quando la domanda di sequestro sia connessa a una causa già pendente, il sequestro può concedersi soltanto dal pretore o dal presidente del tribunale o della corte davanti cui pende la causa.

(1) La procedura per ricorso, *non citata parte*, non cessa di essere eccezionale; ma il Codice attuale ne usa largamente, e l'ha resa famigliare.

Se vi sia urgenza, il sequestro può anche in questo caso concedersi, per qualunque valore, dal pretore del mandamento in cui deve eseguirsi.

Annotazioni.

Le autorità competenti a concedere il sequestro conservativo sono qui variamente designate.

Il più speciale carattere di questa competenza è di non essere distribuita, secondo la regola comune, per ragion di valore. Questo concetto metafisico è dissipato dalla urgenza che s'impone agli ordini stessi della procedura. Si vuol riparare ad ogni costo, e al più presto possibile, ecco tutto. Non sarà forse inutile aiutare la intelligenza dei trascritti due articoli con qualche schiarimento.

Primo caso. Non vi è pendenza di domanda principale. *Il pretore del luogo dove il sequestro deve eseguirsi*, è competente *per qualunque somma.*

Lo stesso pretore è anche competente *in ogni caso d'urgenza*, sia o non sia pendente in causa principale.

Ciò è dichiarato perchè il giudice della causa principale può avere la sua sede anche in luogo lontano da quello ove il bisogno è più pressante, *A* citava il suo debitore *B* avanti il tribunale di Ancona, nel quale distretto ha domicilio. La causa va in lungo; intanto il debitore precipita nel peggio, e vende ogni cosa. Per ventura *A* può conoscere che un vistoso credito, forse l'unica sostanza, rimane a *B* che a Genova aveva venduto una partita di grano, e non aveva ancora riscosso il prezzo. Senza perder tempo, spicca un sequestro dal pretore di Genova, evitando il giro di una magistratura lontana. In altra maniera non si conseguiva l'intento, perchè *B* poteva da un minuto all'altro ritirare la somma.

Ciò che riesce un po' problematico *è la gradazione della urgenza*, poichè la urgenza esiste sempre in simili casi, ma può essere più o meno strozzante. Pallida espressione è quella dell'articolo 927, capoverso 1° — *se vi è urgenza* — e bisogna intenderla tale che non si possa per tempo in mezzo senza rendere, quasi a dire, irreparabile la perdita del credito. attribuzione, pretore locale in ogni caso questa Lasciare al era forse il miglior sistema; non mancheranno ora lotte di competenza su cosa che non ne merita il dispendio.

Secondo caso. Lite principale pendente. La domanda di sequestro è un incidente di quella; e trattone il caso d'urgenza (e noi diciamo di urgenza suprema), è il magistrato della causa principale che conosce anche di questo incidente. Ciò rientra nell'ordine legale.

Quanto si dice nel secondo capoverso dell'articolo 296 e nel primo dell'articolo 297 sembra concetto unico, e nella forma un pleonasmo. Ma ben guardando, nell'uno si addita in generale il magistrato competente (il pretore o il presidente); nell'altro si dichiara l'*ordine* di questa competenza: prevale la competenza del giudice investito della causa principale, eccettuato il caso della maggior urgenza (1) (corte di Torino, 11 dicembre 1865, Bettini, tom. II, pag. 580).

Il presidente del tribunale di commercio può egli pure decretare il sequestro conservatorio (V. anche l'articolo 258 del Codice di commercio).

Articolo 928.

L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dar cauzione in somma determinata a garanzia del risarcimento dei danni, per il caso in cui il sequestro fosse dichiarato ingiusto.

L'obbligo della cauzione non si può imporre se il credito sia privilegiato sopra gli oggetti da sequestrarsi.

Articolo 929.

Il giudizio sulla idoneità della cauzione, la quale può darsi anche a termini

(1) Se la istanza pel sequestro conservatorio è fatta al presidente con *citazione*, o il presidente ordina procedersi con citazione, nasce un vero incidente regolato dalle forme dell'articolo 181 e seguenti; tranne che l'oppignorazione può essere accordata sul primo decreto, su quello, s'intende, che fissa il termine della udienza.

dell'articolo 330, è lasciato all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria che concede il sequestro. L'idoneità deve dichiararsi nel decreto.

L'atto di cauzione è ricevuto dal cancelliere e deve precedere il sequestro.

Annotazioni.

1. Una parola sul capoverso dell'art. 928. Il sequestro conservativo può cadere ezlandio sulle cose mobili circa le quali vantiamo un diritto reale di privilegio. E vale a conferma di ciò che si è detto anteriormente, *sulla forza relativamente maggiore del sequestro in confronto del privilegio*. Il privilegio che ha il locatore sui mobili che forniscono la casa locata, gli assicura la preferenza sopra altri creditori concorrenti sul prezzo degli stessi mobili, ma non lo rende tranquillo sulla permanenza di quelli nella casa del debitore. Il sequestro realizza il diritto astratto.

2. La cauzione di consueto è fideiussoria, come quella che è più facile, pronta e analoga alla qualità del negozio. I modi della cauzione sono prescritti (articoli 433, 331), e indicati nel presente articolo 929.

3. Chi avendo un diritto di privilegio è ammesso al sequestro de' mobili, non dà cauzione, non tanto per virtù dello stesso privilegio nel quale può esser superato da un altro più forte, quanto perchè l'esercizio della sua azione è consolidato dalla qualità specifica del credito. L'oggetto della cauzione è dichiarato nell'articolo 935.

4. Non solo chi ha un diritto reale che si traduce in privilegio, ma colui ancora che ha un diritto reale più intimo, quello della proprietà, può valersi senza contraddizione del sequestro conservativo. Fenomeno tutto proprio di questa maniera di sequestri, ossia del vero sequestro. Nei casi ordinari il proprietario dei mobili agisce per la rivendicazione naturale in conformità degli art. 742 e seg. *L'oppignoramento* o *sequestro esecutivo sarebbe una anomalia* (1). Nella presente contingenza si tratta di un'assicurazione momentanea ed urgente che non pregiudica il diritto di proprietà, mentre preserva i mobili dal pericolo della dispersione. Dopo il sequestro il proprietario, com'è evidente, non agirà per la vendita, ma quasi vindicando il deposito dalle mani stesse della giustizia a cui lo ha confidato, otterrà la conferma contraddittoria del sequestro.

Articolo 930.

Le norme stabilite per il pignoramento si applicano al sequestro quanto al modo di procedervi, alle cose che possono formarne il soggetto, alle misure di conservazione, e al processo verbale, salvo le disposizioni speciali della legge.

Se si tratti di cose per le quali vi sia pericolo di deteriorazione, l'autorità giudiziaria che ha concesso il sequestro può ordinarne la vendita nei modi stabiliti per gli oggetti pignorati.

Annotazioni.

1. Il *pignoramento*, secondo l'attuale sistema, non avviene che delle cose mobili (beni mobili): questo ci è noto.

Il sequestro conservativo non è il pignoramento, *ma si effettua per mezzo del pignoramento* (2). Per apprendere i mobili o i crediti presso terzi, è d'uopo passare per questa via. Così il sequestro conservativo diventa un *pignoramento extra ordinem*, non avente cioè suo fondamento in un titolo esecutivo e in una sentenza di condanna, ma spinto oltre la linea consueta della legalità per ovviare ad un pericolo.

Dalle relazioni ad altre leggi, alle quali ci invita il nostro articolo, bisogna primieramente *eliminare il precetto* (articolo 577). Non s'impone al (presunto) debitore di pagare. La legge della sentenza non lo costringe a questo; e il precetto non è che l'eco fedele della sentenza. Il sequestrante non dico fuorchè, io temo che

(1) Perchè ha la proprietà, o credo di averla.

(2) Il pignoramento può eseguirsi anche *immediatamente dopo la notificazione del precetto* per cause analoghe al sequestro conservativo (articolo 578); ma serba ad ogni modo il suo carattere distinto dal sequestro conservativo, giusta le osservazioni che veniamo a fare.

voi non siate per corrispondere al debito vostro; io mi procuro con questo una guarentigia: il comando di pagare verrà più tardi. A questo rifiesso daremo in seguito qualche schiarimento ulteriore.

Gli articoli 593 e seg. sino al 597 inclusive sono compresi nel richiamo.

Rispetto al disposto dell'articolo 598 credo necessaria una spiegazione. Parmi che *i pignoramenti non debbano essere riuniti*. Serbando la sua natura di sequestro, l'atto che si farà dall'usciere *sarà di ricognizione* (capoverso 1° dell'articolo suddetto), eccettuati quei mobili che non fossero stati colpiti dal pignoramento. La ricognizione, seguita dalla notifica e dal precetto al custode, importa conferma del pignoramento medesimo e vincolo alle distrazioni; impedisce che il creditore e il debitore possano intendersi a pregiudizio del terzo. Completamente applicabili sono gli articoli 599 e segg., escluso il 2° capoverso dell'articolo 604, e l'articolo 605.

Non parliamo che del pignoramento di mobili, mentre *in ordine ai crediti* vi ha un particolare disposto nell'articolo 932.

Senza dubbio anche *i frutti non ancora raccolti* o *separati dal suolo* possono cadere nel sequestro conservativo; e gli articoli 606 al 609 sono di certa applicazione.

2. Quanto alle *cose che possono formar il soggetto di sequestro*, siamo pure rinviati alle regole comuni.

La ordinanza che pronunzia il sequestro indicherà le specie dei beni mobili che potranno pignorarsi, corrispondendo alla domanda del creditore che dovrà denunciare con una certa precisione l'oggetto di essa. Cosa rimane al debitore? Quali sono le cose che devono afferrarsi nel naufragio imminente di ogni sua fortuna? È ciò che non deve lasciarsi ignorare al giudice. Io avrei molta difficoltà ad ammettere *un sequestro generico*. Laonde il giudice chiarirà nella sua ordinanza: essere pignorabili per sequestro provvisionale *i mobili della casa del debitore* o *gli effetti* o *i danari esistenti presso terzi che saranno indicati*; essendochè l'usciere deve avere una norma positiva onde regolarsi. Non è guidato dalla volontà del creditore che possiede un titolo esecutivo, e può gettarsi su qualunque parte della sostanza del debitore a sua scelta: il che è notevole.

Del resto è implicito nella ordinanza del giudice, e non ha mestieri di riserva, che rimangano intangibili ed estranee al suo comando quelle cose che la legge dichiara insequestrabili, o non lo sono che a date condizioni secondo le sapienti modificazioni portate dall'articolo 585 al 592.

Le *misure di conservazione* sono quelle che riguardano la custodia delle cose pignorate. Il processo verbale avrà il suo modulo nell'articolo 597.

Articolo 931.

Il creditore sequestrante deve, nel termine di giorni tre dal sequestro, far notificare per copia al debitore il ricorso, il decreto di sequestro, e, se vi sia stata cauzione, l'atto col quale fu ricevuta.

Se il luogo in cui fu eseguito il sequestro e quello in cui fu notificato al debitore facciano parte di giurisdizioni diverse di preture, di tribunali o di corti d'appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 147, e 4 e 5 dell'articolo 148.

L'atto di notificazione deve contenere la citazione in via sommaria davanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro, competente per materia e valore, per far pronunziare sulla validità, rivocazione, o conferma del sequestro, e, se ne sia il caso, sulla vendita degli oggetti pei quali vi sia pericolo di deteriorazione.

Se la detta autorità giudiziaria sia anche competente a conoscere del credito, l'attore può con lo stesso atto proporre la domanda per la condanna.

Annotazioni.

1. L'atto di sequestro non deve rimanere isolato: il sequestrato deve averne in tempo congruo la cognizione per mezzo di una notificazione legale, e potersi difendere. Con ciò solo si legittima un atto imposto dalla urgenza delle circostanze, ma pericoloso e che non sembra molto accordarsi col rispetto della proprietà.

2. Sono costretto a fare alcune osservazioni critiche sulla redazione materiale del testo; cosa sempre increscevole. Qui sembra confondersi, come si è fatto altra volta, *il termine della notificazione con quello della citazione*. La distanza dal luogo ove è stato eseguito il sequestro a quello in cui abita il presunto debitore, è motivo giusto e necessario onde impartire termini proporzionati; dei quali termini il citato deve godere per comparire e difendersi. Vedremo or ora quale sia l'autorità giudiziaria avanti la quale il sequestrato deve citarsi; ma intanto noi supponiamo una distanza qualunque da un luogo ad un altro.

Nel primo periodo dell'articolo si dice che, *nel termine di tre giorni dal sequestro*, deve notificarsi il ricorso, ecc. Questo termine, giusta la lettera dell'articolo, si viene prolungando in ragione delle distanze, sicchè, supposta la distanza maggiore, *la notificazione potrà farsi entro venticinque giorni* (art. 148, n. 5). Ma ciò non può stare. Entro tre giorni può farsi qualunque notificazione coi mezzi di comunicazione che oggi possediamo: il termine proporzionale dev'essere invece *quello della citazione*. La cosa è evidente (1); l'equivoco non può essere che nella espressione.

Se non vi è equivoco, vi è per certo della confusione nel 2° capoverso di questo articolo. *L'atto di notificazione deve contenere la citazione in via sommaria* (2) *per far pronunziare sulla validità*. E va bene: il sequestro conservativo, consumato *inaudita parte*, non riceve il suo valore definitivo che dalla convalidazione del magistrato, *parte citata;* quindi il sequestrante deve chiederne la conferma. Lasciamo stare che *validità* e *conferma* suonano *unum et idem* per l'effetto; ma come può concepirsi che il sequestrante, notificando l'atto di sequestro, debba o possa insistere *per la rivocazione?* (3).

3. Pronunciare *la validità del sequestro*, o *la condanna* del debitore è cosa diversa. Il sequestro ha la sua ragione di essere indipendentemente dal titolo giudicato del credito. Munito dei legali requisiti, accennati a suo luogo, il sequestro conservativo è valido, e sussiste da sè. Il sequestrato può opporsi; e in via di opposizione può escludere l'esistenza del debito e far crollare il sequestro. Per tutto questo ha competenza il magistrato *del luogo del sequestro*, fatta ragione però *della materia e del valore*.

Fermiamoci un momento a queste parole. Se la competenza per giudicare della validità e conferma del sequestro *fosse stata attribuita al magistrato che pronunciò il sequestro medesimo*, la cosa sarebbe stata più semplice e mi permetto dire, più naturale. Questo magistrato sarebbe o *il pretore* o *il presidente* in relazione agli articoli 926 e 927. Ma no: l'autorità giudiziaria alla quale è data questa cognizione, *è quella del luogo del sequestro*, ossia dov'è stato eseguito il sequestro (4). *Se il presidente di un tribunale* o *di una corte* ha decretato il sequestro di beni esistenti fuori del distretto della propria giurisdizione, ed ivi è stato eseguito, quel tribunale o quella corte sembrerebbe non essere punto competente a conoscere della validità del sequestro ed a confermarlo. Quale assurdo! Pende una causa avanti la corte d'appello di Parma; in mezzo al fervore della lite il citato precipita all'inopia, per cause più o meno imprevedute; gl'ingenti crediti degli attori, che stanno per essere definitivamente giudicati, restano senza speranza se non si passa immediatamente al sequestro del prezzo di merci vendute a Livorno. Si fa il sequestro. La domanda della validità non potrebbe presentarsi alla stessa corte di Parma che ordinò il sequestro; ma dovrebbe portarsi al tribunale *del luogo del sequestro*, cioè a quello di Livorno! Ma come sarà sfuggita alla corte quella competenza che già possedeva per ordinare il sequestro, come sarà rimasta esautorata? Un magistrato di grado inferiore potrà giudicare dei motivi pei quali fu ordinato il sequestro, e trovandolo *senza causa* (articolo 931) revocarlo? Il giudizio incidentale di sequestro rimarrà inevaso? O il magistrato investito della causa principale (articolo 927) dovrà riceverlo bello e fatto da un altro di pari o inferior grado?

Noi saremmo portati nell'insolubile, nell'impossibile, se la logica giudiziaria per poco non ci guidasse. Bisogna ben ritenere che *la citazione di conferma si farà davanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro*, *sempreché*

(1) Che ne verrebbe infatti? Si hanno venticinque giorni ad eseguire la notificazione; ma altri venticinque dovrebbe contenerne la citazione per comparire.

(2) Ossia *all'atto di notificazione dev'esser unita la citazione*, ecc.

(3) Si può domandare la vendita quando vi sia pericolo di deteriorazione (art. 930, capoverso 1°).

(4) Il precedente Codice del 1859 non parlava che dell'*autorità competente* senza altro aggiungere (articolo 934), e poteva dedursi dalle regole generali della competenza. Le difficoltà si sono aggravate colla nuova redazione.

l'ordinanza di sequestro sia stata proferita dal giudice locale, ossia dal pretore. All'incontro, se la ordinanza è incidentale di un giudizio principale pendente, la domanda di conferma (che inchiude per opposizione la revoca) *dovrà portarsi all'autorità giudiziaria dello stesso giudizio principale* (1).

Quelle altre parole — *competente per materia e valore* — mostrano sol questo, che il pretore può rilasciare bensì sequestri conservativi *per qualsivoglia somma*, ma della loro validità non conosce se non sia competente per valore. Dovendosi quindi citare *avanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro*, quest'autorità sarà o lo stesso pretore, o il tribunale in ragione di somma.

Dico in ragione di somma: *ma di qual somma?* Il valore si misura da quella definita provvisoriamente all'oggetto dello stesso sequestro, o *dalla entità del credito* per cui si procede al sequestro? Senz'altro sottilizzare su quel di meglio che avrebbe potuto farsi, non vedrei come sfoggire alla disposizione dell'articolo 75, num. 1, che misura il valore dall'importo *del credito*. Vero è che *il giudice del sequestro* non è sempre *il giudice del credito*, per quanto viene a dirci l'ultimo capoverso di questo faticoso articolo; pare nondimeno che la regola dell'articolo 75, num. 1, rimanga in tutto il suo vigore (2).

La materia — altra ragione della competenza, indicata dall'articolo. Mettendoci nel punto di vista che ivi è più perspicuo, noi dovremo trovare *l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro competente per* MATERIA o *valore*. Non so se questa parola caduta dalla penna del redattore dell'articolo sia una superfluità. Ma io non posso concepire *altra autorità giudiziaria che il pretore o il tribunale civile*, secondo il valore. Non potrà credersi, per esempio, sia competente un tribunale di commercio. Per quanto si racconti che il credito è commerciale, finchè non si tratterà del giudizio del credito, e la domanda sia limitata alla efficacia della inibizione senza più, la distinzione rimane inutile, e niun può pensare alla competenza del tribunale di commercio.

4. *All'ultimo capoverso dell'articolo* 931.

L'attore può proporre la domanda di condanna insieme a quella di conferma del sequestro, qualvolta il magistrato *sia altresì competente a conoscere il credito*.

Poniamo l'esempio. Pietro ha ottenuto dal pretore di Cuneo la facoltà di un sequestro conservativo per la somma di lire 2000. Il tribunale civile nella stessa città è indicato come il magistrato competente alla conferma del sequestro. Ma il luogo ove fu praticato il sequestro non è quello della residenza abitnale del debitore, ch'egli ritiene a Torino. Confermato il sequestro dal tribunale di Cuneo, volendo il creditore convertire il sequestro in pignoramento definitivo, dovrà citare il debitore avanti il tribunale di Torino per la condanna (3).

Articolo 932.

Quando il sequestro sia fatto presso un terzo, si deve notificare a lui copia della citazione al debitore nel termine di dieci giorni dalla citazione stessa.

Se il luogo in cui si eseguisce la notificazione al terzo sequestratario, e quello in cui fu fatta la citazione al debitore facciano parte di giurisdizioni diverse di tribunali o di corti d'appello, il termine per la notificazione è quello stabilito nei numeri 3, 4 e 5 dell'articolo 148.

Annotazioni.

Dovranno osservarsi le disposizioni dell'articolo 611: ma in modo congruo, omesse cioè quelle formalità che non sono del caso, come *l'enunciazione del titolo esecutivo e del precetto* che non hanno luogo. Ritengo ancora per ciò che si dice in questo articolo, che il sequestro potrà farsi a modo di atto di notificazione, purchè segua tantosto la citazione al debitore,

(1) Questa conclusione è inevitabile: l'articolo si spiegherebbe dicendo che non ha contemplato questo caso.

(2) Il redattore di questo titolo non ha creduto di proporre le forme della *ordinanza di sequestro*. — Le osservazioni ora premesse mostrano che non solo deve dichiararsi *la somma per cui si potrà procedere al sequestro*: ma eziandio *per quale credito si procede*.

(3) Ottenuta la condanna, gli atti di vendita hanno corso avanti il giudice locale, il pretore; le controversie relative alla esecuzione sono pure regolate dall'articolo 570.

da notificarsi indi allo stesso sequestratario, a conferma dell'atto inibitivo.

Il capoverso ha bisogno pur troppo di spiegazione. Si notifica al terzo un atto di sequestro, e gli si fa divieto di pagare. Si cita il debitore per la conferma del sequestro; citazione che si notifica al sequestratario. Se il debitore abita alla contemplata distanza dal luogo ove fu fatto il sequestro, dove abita il sequestratario, e dove finalmente si giudica del sequestro, la citazione avrà i termini indicati in proporzione appunto della distanza. Questo è il senso dell'articolo. Ma quale redazione! È facile vedere che qui si riproduce il deplorabile errore altra volta notato; si è confuso cioè il termine della notificazione con quello della citazione a comparire (1).

Articolo 933.

Quando il creditore non eseguisca ciò che è stabilito nei due articoli precedenti, il sequestro non ha effetto, salvo al debitore il diritto al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

L'errore di cui testè ho discorso per la terza volta, è destinato a portare una disastrosa influenza sull'applicazione di questo articolo. La legge, mentre favorisce tutte quelle precauzioni che sono reclamate dall'interesse legittimo dei creditori, non può dissimulare a se stessa la pressione che è costretta di esercitere sul diritto di proprietà. Per una specie di reazione prodotta dallo stesso suo slancio, in questo e nei due articoli che seguono porge valide armi al sequestrato per riguadagnare, a dir così, la sua posizione, sciogliersi dal sequestro, e farne anche pentito il sequestrante con multe e conseguenze gravi. Tutto esige che il sequestrante adempia prontamente alle notificazioni che valgono al sequestrato l'esercizio della sua difesa. Adempie prontamente a questo suo obbligo il sequestrante che ritarda lungamente la notificazione del sequestro al debitore? Eppure egli sarebbe nel suo diritto se si prendesse alla lettera ciò che è scritto nell'ultima parte dell'articolo 931 e nel 1° capoverso dell'articolo 932 (2).

Articolo 934.

Il sequestro deve rivocarsi se il debitore presti cauzione idonea per il valore delle cose sequestrate, o per l'ammontare del credito che diede causa al sequestro.

Articolo 935.

Quando il sequestro sia riconosciuto senza causa e per ciò rivocato, il sequestrante può essere condannato in una multa estendibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni.

Articolo 936.

Quando l'autorità giudiziaria che conferma il sequestro non sia competente a conoscere del credito, rimette le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione del merito.

Annotazioni.

Il posto dell'art. 936 era indicato presso il 931, e di questo parlando si è chiarito come il magistrato che conferma il sequestro possa non esser competente a conoscere del credito.

(1) In qualche edizione del Codice, nelle ultime parole dell'articolo, si legge così: *il termine per la notificazione è quello stabilita nei num. 3, 4 e 5 dell'art. 148*,, in luogo di *è quello stabilito ai num. 3, 4 e 5 dell'art. 147, e 4 e 5 dell'art. 148*.

(2) L'articolo 936 della cessata procedura piemontese faceva caso di decadenza *anche la non comparsa del sequestrante all'udienza;* e veramente dovrà interpretarsi come l'abbandono del sequestro.

Articolo 937.

La sentenza che pronunzia sul sequestro fatto presso un terzo, deve essergli notificata.

Quando il sequestro sia confermato con sentenza passata in giudicato, il creditore può citare il terzo sequestratario davanti l'autorità giudiziaria competente, per fare la sua dichiarazione in conformità delle disposizioni del capo V, titolo II del libro secondo.

Annotazioni.

1. Siamo dotti per questa legge che due distinti giudizi veagono a farsi *per la conferma del sequestro e per la dichiarazione del terzo sequestratario*. È un sequestro generico di quanto il terzo ritiene o sia per ritenere di ragione del debitore. Intanto a questo è data la facoltà di redimersi con una cauzione (articolo 934), meglio ancora col pagamento. Un ordine del giudice che, diretto a premunirsi da un pericolo forse esagerato, riposa sopra sì deboli guarentigie, vuol essere discusso, appurato, provato, dirò così, al fuoco; quando la causa da cui nacque, le condizioni a cui fece appello, si sono verificate, e si è tranquilli da questo lato, allora vengono le ricerche successive per certificare la entità del sequestro e la somma. E in questo stesso giudizio generico di conferma potrebbe o rimaner distrutto il credito, o escluso qualunque debito del terzo, ed evidentemente il sequestro cadrebbe nel vuoto.

La sentenza che *pronunzia sul sequestro*, sentenza o di conferma e di revoca del sequestro, deve notificarsi anche al *terzo*, che è già citato, ed è in causa: il precetto, è, si può dire superfluo.

2. *Sulla procedura.*

Una volta in possesso del decreto del pretore che accorda il sequestro a carico di un terzo nominato nel decreto medesimo, il creditore cita il debitore e il terzo per la conferma avanti il tribunale civile, se l'oggetto del sequestro è una somma superiore di L. 1500 (1). La domanda esprime il doppio scopo della conferma del sequestro e della condanna del debitore per i successivi effetti di ragione; o si limita alla conferma del sequestro: ciò è facoltativo. La citazione è di forma sommaria: il presidente del tribunale destina il giorno della udienza, riguardo avuto alle distanze sulle norme degli art. 147 e 148 (art. 932). Se non che non è dubbio alcuno potersi il presidente valere della facoltà dell'abbreviazione (articolo 154).

Se la cognizione dell'azione e del credito è rimessa all'autorità competente (art. 936), il sequestro, mantenendo i suoi effetti, rimane inerte, aspettando quella decisione da cui l'esito suo dipende. In tal caso il giudizio del credito è affatto integrale; è istituito avanti il magistrato del luogo ove ha residenza o domicilio il debitore, nei termini ordinari. Esso corre le fasi di ogni altro giudizio. Conseguito il mandato esecutivo, il creditore deve anche intimare il precetto in conformità dell'articolo 577. Allora solo comincia il termine perentorio dell'articolo 681 (2).

Dal *sequestro conservativo* facendosi passaggio alla *esecuzione*, è d'uopo che il sequestro si trovi al suo completo, è d'uopo cioè che il sequestratario sia stato citato per la relativa dichiarazione; senza di che il sequestro stesso non ha nè consistenza, nè realtà. Il creditore per altro non può esservi costretto; il suo obbligo comincia dall'interesse ch'egli ha a proseguire la esecuzione. Allora egli cita colla regola dell'articolo 611, num. 6, per gli effetti portati dai susseguenti articoli. Da quel punto la esecuzione è in pieno corso, e percorre la via tracciata dal Codice.

3. *Del diritto di appello.*

Del *diritto di appello* non troviamo parola nei due capi che veniamo dall'avere trascorsi.

La pratica anteriore era divisa in opposte opinioni. Per negare l'appellazione si diceva che il decreto di sequestro è interlocutorio; che *modicum præjudicium affert*; che è sempre riparabile (3). Dicevano i contrari il pre-

---

(1) È noto che l'ordine di sequestro non è atto di giurisdizione contenziosa, e non tiene regola dal valore.

(2) Prima non poteva decorrere, perchè il creditore era impedito. Ma egli deve aver cura d'introdurre prontamente il giudizio di merito, onde evitare la decadenza comminata dal suddetto articolo.

(3) È noto che, secondo quelle consuetudini, l'interlocutorio non faceva stato nella causa, e non obbligava il giudice ad avervi riguardo nella pronunzia definitiva.

giudizio esser grave, *nam sequestrum possessionis aufert commodum medii temporis quod non potest separari nec alicui debet auferri* (Chiesa, *Observat.* 200, part. I). Appressandosi la giurisprudenza alla civiltà dei tempi nuovi, vinse, come doveva, la sentenza favorevole alla libertà. Niuno può esser condannato senza difesa; se questo principio è modificato talvolta dalla necessità, cessato il pericolo di un danno ingiusto o di un disordine minacciato, si apre la discussione legale intorno a quella determinazione provvisoria che ha anticipato sulla questione di diritto, e, come ben disse una decisione del senato di Genova, « per regola di « diritto somiglianti decreti e inibizioni si con« vertono o si riducono ad una mera citazione « e non possono quindi aver efficacia, se nel « corso della causa non sono debitamente con« fermati o innovati » (26 gennaio 1836, Gervasoni, 1836, pag. 33).

Non è dunque a siffatti decreti che convenga l'appello; risolubili di loro natura, essi sono rimessi in problema tostochè la parte risponde alla chiamata e si presenta in giudizio. Ognuno intende che queste non sono sentenze appellabili. Ma la conferma o la revoca del sequestro si pronunzia per sentenza, ed è *appellabile come ogni altra*. Essa mantiene, è vero, l'indole sua provvisoria, mentre, dopo avere acquistata autorità di cosa giudicata, l'oggetto della sua decisione può anche venir meno; così se nel giudizio di merito si esclude il credito, in forza del quale fu eseguito il sequestro, questo si risolve e si annulla. Nondimeno la sentenza che conferma o revoca il sequestro è decisiva nella propria sfera e nei termini del proprio oggetto, in quanto o crea un vincolo dannoso alla proprietà, o lo nega; e con ciò o arreca incomodo grave ad una parte, o espone l'altra ad una perdita; ed è l'evento che sovrasta non appellando. L'appellazione ha dunque ragione di essere. La cosa giudicata determina questo stato di cose, e quindi produce l'effetto che le è proprio (1).

APPENDICE *A*.

Nuove considerazioni sul sequestro giudiziario e conservativo.

(dalla seconda edizione).

I.

Dell'autorità competente a ordinare il sequestro giudiziario.

Nella Giunta XXVI (pag. 1098 della prima edizione), seguendo lo sviluppo della giurisprudenza che si veniva manifestando, io feci qualche passo più avanti in quell'istituto, nuovo per noi; e quantunque lo sia sempre pronto a recedere dalle mie opinioni erronee, passati già alcuni anni, e dopo l'innegabile progresso della giurisprudenza, ho motivo di confermare quelle che allora espressi. Per quanto a me parve, io aveva distinti nel comento con sufficiente chiarezza i caratteri scientifici dei due ordinamenti, la cui differenza è notevole, benchè ritengano in alcune parti organismo comune. E nell'*Appendice* cominciai ad occuparmi delle difficoltà che la pratica, nella contrarietà degl'interessi, aveva di solito esagerate, non senza produrre il consueto beneficio della discussione, quello di fissare l'attenzione e di far sentire il bisogno di nuovi studi.

La *Sezione* che contempla il *sequestro giudiziario* ha forse il torto di esser troppo breve, e di lasciare un certo spazio al ragionamento che la procedura presto si confonde, attaccata

(1) La corte d'appello di Napoli nel 6 marzo 1870 dichiarò che il termine dell'appello è quello ordinario e non dei quindici giorni proposto ai giudizi esecutivi (*Annali di Giurisprudenza italiana*, 1871, part. II, pag. 92) in conformità di altre decisioni. Ed è vera e giusta dottrina.

Ma segue un'altra massima, che guai se fosse approvata! Sarebbe rovesciato il sistema. — Quando vi ha lite pendente sulla sussistenza del credito, non si ammette sequestro conservativo sui mobili del convenuto.

La dotta redazione pone appiedi della decisione una nota che rivela in quale errore cadesse quel rispettabile magistrato.

come siamo alla formola. Nel tema del sequestro conservativo sono state indicate le autorità competenti, ora in quella del pretore, ora in quella del presidente del tribunale; laddove nell'art. 921 si dice semplicemente: « *L'autorità giudiziaria può, sulla domanda della parte interessata, ordinare il sequestro*, ecc. Dopo avere esaminate le obbiezioni, io conclusi: — « Le autorità che concedono il sequestro giudiziario e i modi di concederlo, variano e possono così accennarsi: — Nella insistente urgenza il *pretore locale* accorda il sequestro giudiziario sopra semplice ricorso della parte interessata; — Il sequestro giudiziario può accordarsi *dal presidente del tribunale* competente del giudizio di merito, per ricorso o anche per citazione a modo degl'incidenti; — Può anche ordinarsi *dal tribunale* che ha la totalità del potere, di cui una frazione si esercita dal suo presidente per autorità propria e in casi determinati. E ciò avviene quando nel corso della lite, in mezzo alla discussione, si è agitata la questione del sequestro giudiziario sostenuta e combattuta rispettivamente; l'autorità del presidente, come assorbita in quella del collegio che si è impadronito della disputazione, deve tacere; e allora il sequestro giudiziario è concesso o negato per virtù di sentenza ».

Mi sono permesso di ripetere queste mie parole, benchè siano presenti al lettore (1), ma non ripeterò gli argomenti se non quanto occorra allo sviluppo della mia tesi.

Si è fatta discordia su due punti, principalmente: 1° *se il sequestro giudiziario possa accordarsi dal presidente del collegio*, o *dallo stesso collegio investito del merito della causa;* 2° *se sia sempre necessaria la citazione.*

Trattando in questo paragrafo della prima questione, mi conviene risalire ad alcune norme superiori. Aver in vista lo spirito generale della legislazione quando si hanno ad interpretare casi dubbi della procedura, mi pare il principio della cognizione. Dalla feconda varietà di forme che il legislatore viene ideando per mettere ad effetto il suo disegno, niuno potrà mai inferire ch'egli venga mutando a se stesso le idee fondamentali cui il suo lavoro è logicamente subordinato. Se di non pochi difetti fu tassato il Cod. di proced. (i quali la famigliarità della pratica e la giurisprudenza, come io previdi, vengono di mano in mano attenuando), la unità del concetto non gli può essere negata, nè la tendenza dei diversi portati del rito verso certi fini generali che il legislatore si è proposto. Uno di questi è stato di fare la procedura agevole e facile, e direi pieghevole, ai più urgenti e pressanti bisogni della giustizia, studiando tale meccanismo che possa prestarvisi, frazionando anche la giurisdizione perchè ci sia sempre, a così dire, un magistrato sul luogo ove quei bisogni si presentano. Niun altro Codice è stato più favorevole ai diritti dei creditori: e a costa di certi andamenti solenni ove la difesa sta a tutto suo agio, il Codice sa inserire ad ogni tratto certi *provvedimenti* immediati ed istantanei che fanno argine al pericolo da qualunque parte venga, o da malizia o da impotenza del debitore, ovvero da fatti estrinseci, casuali e non imputabili.

Con tale spirito che l'interprete deve far proprio, si arriva a conclusioni che ai formalisti puri e semplici non paiono vere. Il tit. XI del libro III è dedicato alle più urgenti necessità della giustizia. Quantunque diversifichi, in ordine all'oggetto, il nome dell'azione, ed ora si voglia *sequestro giudiziario*, ed ora *sequestro conservativo*, ed ora *denuncia di nuova opera*, ecc., il bisogno di un immediato, istantaneo, e direi fulmineo provvedere, è uguale in ognuno di codesti casi. Se la legge ha delineato certe norme distinte per seguire la natura dei fatti, e più ancora per coordinarvi le conseguenze che non sono sempre conformi, si devono seguire. Ma quando in un dato istituto regole precise non siano segnalate, ma io le trovi opportune in altro istituto che strettamente vi si attiene nello spirito d'ordine, di provvidenza e di ragione, *in eadem causa eadem dispositio*, e applicherò senza tema di errore questo principio.

Che norma di rito non si riscontri quanto alle modalità della istanza nella Sezione del *sequestro giudiziario*, ma che il rito sia ordinato colla conveniente pienezza nella Sezione seguente, ognuno lo vede. Che le cause d'urgenza siano quelle stesse, è pur facile di scorgere. Il *sequestro conservativo* è indicato per cause più o meno pressanti; il pericolo *di perdere le garanzie del credito* può verificarsi in un grado più o meno remoto; ma se *il debitore si accinge alla fuga*, se minacciano *sottrazioni*, non vi è un momento da perdere. Così diremo rapporto al *sequestro giudiziario*. Pericolo di *alterazione*, pericolo di *deterioramento* può ammetter gradi: ma pericolo di *sottrazione* non ne ammette per certo. Pochi minuti di ritardo, e il rimedio diventa inutile. Se non accorro a tutta fretta sul luogo ove si

(1) Vedi il discorso che precede.

stanno staccando i quadri che sono in contesa, o si stanno aprendo o forzando gli scrigni ove si custodiscono gli oggetti preziosi dei quali si disputa, addio sequestro: *sero remedium quæritis:* vi siete impaniato nella procedura, ed era naturale che si dovesse arrivar troppo tardi.

Perciò io sostenni e sostengo, che parte primaria del senno interpretativo in ogni cosa è il penetrarsi dello spirito della legge, considerandola specialmente in ordine al fine. *Autorità giudiziaria* è formula di tanta ampiezza che senza specificare qualità di magistrato, tutte le comprende. Io adunque togliendo il sistema di rito dove lo trovo, cioè nella Sezione seguente (che del resto è ciò che dee farsi per la regola dell'articolo 3 delle Disposizioni generali del Codice civile), ho potuto facilmente organizzare la gerarchia: e ho detto che nella massima e, per così dire, strozzante urgenza, può provvedere con sequestro giudiziario il pretore locale (articoli 926, 927), o il sequestro può chiedersi al pretore competente nel merito, e così al presidente del tribunale avanti cui pende la causa (ivi), o può decretario il tribunale qualora siasi fatto luogo ad una controversia che suppone sempre minore urgenza, e certe maggiori difficoltà giuridiche.

Ho veduto persino contendersi al presidente del tribunale, a causa pendente, la facoltà di concedere sequestro giudiziario per la ragione, ben intesi, che il sequestro giudiziario non è il sequestro conservativo, altrimenti si sarebbe trovata chiara la disposizione nell'articolo 927. È ben chiaro che il ministero del presidente è più parato e agevole di quello del collegio; che se il pericolo di sottrazione è imminente, egli solo è acconcio a provvedere sul momento; ma quando si erri dall'uno all'altro istituto senza comprendere la relazione di causa che li congiunge, si potrà anche sostenere che *autorità giudiziaria* significa *tribunale*, quantunque in contraddizione col perpetuo linguaggio che usa il Codice quando intende lasciare la competenza nella norma del diritto.

Altri ha osservato giudiziosamente la differenza che passa fra il disposto dell'art. 1875 del Codice civile, e quello dell'art. 921 della procedura (1). Il primo si appalesa come posteriore e addizionale del secondo. « OLTRE « *i casi stabiliti dal Codice di procedura civile*, « l'autorità giudiziaria può ordinare il seque« stro: 1° di un immobile o di una cosa mo« bile, la cui proprietà o il cui possesso sia « controverso fra due o più persone; 2° delle « cose che un debitore offre per la sua libera« zione ». I caratteri di questo istituto, lungi dal potersi accomunare a quelli dell'art. 921, se ne discostano visibilmente. E qui vediamo un momento quale sia il criterio che deve saper distinguere fra le diverse autorità che in genere possono essere competenti, quella che lo sia in concreto, a casi determinati.

Si avverta che ora l'autorità ha una competenza organica e propria, ora derivata dalla qualità del caso e dall'urgenza, ossia accidentale o contingente. È del prim'ordine la competenza del pretore o del presidente del tribunale nei pronunziati dell'articolo 926; ed è poi l'*urgenza* che demanda al pretore locale (ove il sequestro deve eseguirsi) la competenza per l'art. 927, p. II. Si noti che io non ho già detto che la competenza del pretore sia promiscua e in ogni caso; ma ne ho rivendicata in genere la competenza, salvo l'applicazione secondo le circostanze. In principio il giudice della causa principale è giudice della incidente; nè convien dimenticare una differenza che vi ha fra sequestro giudiziario e sequestro conservativo, non assoluta però, nè essenziale, ma piuttosto connaturale ai due giudizi, che il secondo si instaura ordinariamente da sè, perchè il bisogno di provvedere al credito suole manifestarsi in ogni tempo: laddove il sequestro giudiziario, per natura sua, potrebbe chiamarsi il corollario, l'appendice, e sino a un certo punto la sintesi, di un giudizio in cui un merito sostanziale si contende, essendo diretto a conservare nell'interesse della giustizia l'oggetto materiale della contesa. Ciò posto, il sequestro giudiziario è pressochè sempre nella competenza del giudice della lite, che è più di ogni altro alla portata di rilevarne l'opportunità e la ragione.

Distinzioni pertanto che nascono e dalla varia natura dei giudizi e dai criteri delle circostanze. Il potere statuito nei due casi dell'articolo 1875 del Codice civile, è proprio esclusivamente del magistrato che si trova in possesso della causa principale, e non ammette domanda separata, preliminare, preventiva del giudizio di merito. Si è già avvertito che i fatti d'urgenza appartengono piuttosto all'articolo 911 della procedura. E il presentarsi al pretore locale, non investito e non competente nel merito, non può essere giustificato che *dalla urgenza*, non senza esibire una certa prova dell'interesse, come dedussi altrove, mostrando che l'oggetto che si vuole

(1) Il signor avv. Gonsildo Ondei (*Monitore dei Tribunali*, anno 1867, pag. 933).

assicurare sarà materia dell'esercizio di un'azione che sarà per intentarsi. E poichè l'estremo della urgenza, come fattore della competenza, dev'essere stabilito, il pretore vedrà se debba o no pronunciare sulla domanda, o piuttosto rimettere la cognizione all'autorità competente.

In pendenza poi di una lite avanti una magistratura collegiale, il carattere circostanziale del provvedimento che si domanda starà a decidere se *al presidente* del tribunale o della corte, o *al collegio* debba portarsi la istanza. Sottrarre in principio all'autorità del presidente codesta podestà non è possibile, sia perchè la legge in generale gli attribuisce facoltà in ogni specie d'incidente (1), sia perchè non si vuole fare un vuoto nella procedura dove non è, quasichè la legge non abbia curato il bisogno di dar passo sollecito a certe istanze preparatorie, o che reclamano pronti rimedi. Tale potere mediano che fa quasi scala a quello del collegio, e soccorre ad urgenze che troppo tardi arriverebbero sino a lui, è prezioso, malgrado la difficoltà che si è provata a maneggiare questo istromento della procedura atteso i difetti della redazione. Il presidente che ha l'incarico di provvedere alle urgenze e anche di valersi del temperamento della cauzione, e altresì di rendere esecutoria la propria ordinanza, nonostante richiamo (articolo 182), non può esser privato, come si disse superiormente, di tale facoltà trattandosi di sequestro giudiziario in alcuno dei casi dell'articolo 921. L'incidente è sempre qualche cosa che si separa dal merito principale, o per la natura preliminare della domanda come nei fatti di prova, o per un carattere di transitorietà e d'urgenza; onde si deduce che il presidente non potrebbe, sotto forma d'incidente, pronunciare sequestro giudiziario quando per deciderne si dovesse penetrare nella cognizione del merito riservata all'autorità del collegio.

Così mi sembra dimostrato che la distribuzione della competenza ha la sua ragione di essere nel sistema generale della procedura e in quel criterio definitivo che ne rileva lo spirito.

II.

Se in dati casi il sequestro giudiziario possa ordinarsi sopra ricorso e senza citazione dell'altra parte.

Colle premesse osservazioni si potrebbe credere di aver già risposto al presente quesito, ma essendo grave il contrasto e gravissima l'autorità da cui si eleva la opposizione, sento il dovere di esaminare diligentemente i contrari argomenti.

Debbo occuparmi di una decisione del presidente della corte di Brescia, non senza ringraziare l'esimio magistrato (2) che con decisioni sempre dotte e ingegnose aumenta, sentenziando, il patrimonio della scienza.

Giova toccare del fatto. La signora *F.* presentò ricorso al presidente della corte di Brescia chiedendo sequestro giudiziario di un podere che la signora *F.* diceva far parte di una sostanza ereditaria a lei pertinente, intorno a che pendeva lite in appello avanti la suddetta corte.

Il dotto magistrato, lungamente ragionando, esordisce da questo riflesso, che il sequestro conservativo, sovrastando il pericolo in mora, *per eccezione sancita dall'articolo* 925, si concede anche sopra semplice ricorso inaudita l'altra parte », e invece l'altro rimedio del sequestro giudiziario di cosa mobile o immobile sopra la proprietà o il possesso della quale si agiti controversia, appunto *perchè atto in sua essenza eminentemente giudiziario*, debb'essere ordinato *causa cognita dall'autorità stessa davanti cui si agita lite, sentito prima e debitamente citato l'avversario legittimo contraddittore*, giusta la regola indeclinabile di naturale giustizia sancita dall'articolo 38 per tutti i casi, non espressamente eccettuati, sia per sentenza provvisionale proferita dal collegio giudiziario, sia per semplice ordinanza esecutiva, nonostante richiamo, emanata in contraddittorio nei casi d'urgenza dal presidente o dal giudice delegato a stregua dell'art. 182. Che se non è possibile comprendere concetto logico di giudizio senza quello essenziale del convenuto chiamato a comparire davanti il giudice per dedurre sue ragioni a difesa, e per presunzione di legge, costui *habetur pro præsenti* quand'anche regolarmente citato, non sia poi in fatto comparso; e non si saprebbe similmente comprendere la idea assurda di sequestro giudiziario ordinato per provvedimento che si emani *fuori di giudizio senza previa citazione* della parte contro cui si invoca, troppo essendo per sè manifesto che *un atto giudiziario non si può per assoluta incompatibilità compiere con atto stragiudiziale*, e a nessuno certamente può arridere lo strano bisticcio di *sequestro giudiziario stragiudiziale* ».

(1) Egli è questo un incidente come un altro da regolarsi colle norme rituali degli art. 181 e 182.

(2) Il sig. consigliere Biagi, allora ff. di presidente. Il decreto ha la data del 1° aprile 1869.

Poi dopo aver ripetuto con altre parole lo stesso argomento, si dice che le eccezioni sono d'interpretazione ristrettiva; che non è lecito trasportare nella Sezinne I le disposizioni della Sezione II, e *sarebbe una viziosa interpretazione estensiva* (1); e che in contrario accennano e l'articolo 1877 del Codice civile e il 922 della procedura, quando si tratta della deputazione del sequestratario che esige letteralmente il contraddittorio, anche per la nomina dei periti secondo il richiamato articolo 253; e poichè può anche preferirsi sequestratario quello fra i contendenti che offra maggiori guarentigie, il contraddittorio è adunque di tutta necessità.

Indarno si oppone la *urgenza* alla quale bastantemente provvede il disposto dell'art. 185.

Infine il decreto non crede potersi in contrario utilizzare la dottrina francese, che partendo dagli ammaestramenti di Pothier, insinuò in quel Codice di procedura il principio che anche nei casi di maggior urgenza la citazione è sempre necessaria (2).

La corte di Brescia in tempo anteriore aveva

---

(1) Intorno a ciò mi sia lecito di riferire altre parole dell'illustre magistrato che si leggono in una sua sentenza del 11 settembre 1869 (*Monitore dei Tribunali*, pag. 1044): « Anche il sequestro giudiziario è per sua natura misura straordinaria essenzialmente conservatoria, a ben si può perciò denominare con tutta proprietà rimedio conservativo, in quanto che tenda a mantenere le cose nello stato in cui si trovano e a preservarle *da ogni alterazione, sottrazione, deteriorazione e consumazione dei frutti*, e la qualificazione di conservativo attribuita soltanto all'altra specie di sequestro nell'articolo 921 non ha alcuna ragione di essere ».

(2) Io penso che fuori di proposito siasi citato il Pothier. Quattro forme di *sequestro* sono considerato da Pothier nel suo *Trattato sulla procedura:* e sono: 1º sequestro ed esecuzione; 2º sequestro semplice, o gravamento; 3º sequestro giudiziario (*saisie-arrêt*); 4º sequestro giudiziario allo scopo della rivendicazione. Il primo non è che il pignoramento dei mobili; il secondo è il sequestro dei crediti del debitore, con intimazione fatta al terzo che si ritiene debitore del debitore, a dichiarare l'importanza del suo debito, e con inibizione intanto di pagare. Chiamasi *sequestro giudiziario*, ma non è altro che quello da noi conosciuto col nome di *pignoramento di beni mobili presso terzi*. Il terzo sequestro, o *simple-arrêt*, ossia *gravamento* (mi servirò delle parole dell'autore sulla mia traduzione) « è un atto giudiziario per cui *un creditore* a sua sicurezza pone nelle mani della giustizia le cose appartenenti al suo debitore per impedirgli di disporne. Esso differisce *dal sequestro esecutorio* e *dal sequestro giudiziario;* imperocchè l'*esecutorio* si effettua coll'intensione di vendere i mobili sequestrati, *ed il sequestro giudiziario* ad oggetto di far pagare dal debitore sequestratario le somme dovute nelle mani del sequestrante, laddove *il gravamento* tende a conservare la cose sequestrata ed impedire che il debitore ne disponga ». Finalmente *il sequestro giudiziario al fine della rivendicazione* (*saisie-revendication*) si fa dal proprietario dei mobili che ne ha perduto il possesso, e prima di rivendicarli deve ottenere dal giudice il permesso di sequestrare e fermare i mobili in qualunque mano si trovino; e tale sequestro si effettua per mezzo di usciere.

È facile comprendere che niuno di codesti istituti, ch'erano in uso quando scriveva Pothier, cioè verso la metà del secolo scorso, hanno un rapporto col *sequestro giudiziario*, di bella creazione del Codice di procedura civile italiano. Il Codice di procedura francese si tenne presso a poco nella misura di quelle tradizioni. Non so adunque come alcuno possa ricercare in quelle fonti argomenti favorevoli o contrari alla pratica del *ricorso*, modo sì mal conosciuto, e pur tanto utile, nel sistema francese.

Non parlando fra gli ultimi Codici di procedura italiani che antecedono il nostro, che di quello del Piemonte del 1859, ivi si trova bene organato il *sequestro preventivo*, che allora non ammetteva distinzioni, non essendovi trattato del sequestro giudiziario (articoli 926 e seg.). Esso toglieva le sue norme fondamentali dal Codice precedente del 1854. Ivi già esisteva il *ricorso*, e l'esaudimento del ricorso con semplice decreto; ma era inutile chiedere anche a quei codici con qual regolamento si avesse a procedere nel *sequestro giudiziario*.

È la prima volta che la procedura assume questo nome in relazione alla gravità del concetto che deve esprimere. Nel diritto romano trionfava la idea come fondamento di tutta la dottrina giudiziaria, che — *oportet debitorem primo convinci et sic deinde ad solutionem pulsari* (L. unica, Cod. de prohib. sequestr. pecun.). Era quello che più si aveva bisogno di stabilire per toglier di mezzo abusi inveterati. — Nella L. 3, Cod. quorum appellat., si dichiarano alcune norme sequestrative, ma riguardano la esecusione pendente l'appello. Traccie però s'incontrano assai notevoli del sequestro giudiziario. Nella L. 7, § ult., era ordinato il sequestro dei mobili in litigio, *si persona suspecta sit*, e non si prestasse cauzione. Non dirò che nell'antico diritto, procedendosi coll'*actio sacramenti*, il danaro, che in tal caso era sempre l'oggetto della lite, si depositasse in mano ai pontefici (Varro, lib. v, 36); e qualche cosa può anche dedursi dalla Leg. *Sequester*, Dig. de V. S., sulla quale ha lavorato il Voet, secondo la procedura del suo tempo. Se mi si permette di abusare della pazienza dei lettori in questa nota, ricorderò che oltre gli esempi delle leggi accennate intorno alla facoltà del giudice di sequestrare la cosa controversa per isfuggire pericolo, e specialmente quello di venire alle mani, possono consultarsi le Leggi 21, § ult., de appellat.; 22, § 8, solut. matr.; 16, de off. præs.;

promulgata questa dottrina con due sentenze, una del 22 novembre 1866 (*Annali della giurisprudenza italiana*, pag. 226, part. II); altra del 7 febbraio 1867 (*Monitore dei Tribunali*, anno VIII, pag. 399), ma cangiò opinione in una terza sentenza del 18 dicembre 1867 (*Monitore dei Tribunali*, anno IV, pag. 245).

G. M. sosteneva di aver consegnate a suo fratello *F. M.* varie obbligazioni di prestito e cartelle di rendita al portatore onde potesse con tal mezzi procacciarsi danaro, e negando *F. M.* di restituirle, ruppe lite avanti il tribunale di Bergamo. Nella quale pendenza avendo *G. M.* scoperto che le cartelle erano state dal fratello depositate presso una banca nazionale, nel manifesto pericolo di sottrazione, chiese in via di ricorso al presidente del tribunale sequestro giudiziario, che venne accordato ed eseguito. Ma portato reclamo al collegio, il sequestro venne annullato. Per contro la corte di Brescia, in grado d'appello, colla suindicata decisione, revocò la sentenza e confermò il sequestro ordinato dal presidente del tribunale di Bergamo. Ottimi sono i motivi che danno all'articolo 921 l'unica interpretazione possibile; giustamente ancora si ritiene che dai due successivi articoli non possa sorgere alcuna valida eccezione: solamento la via che si prese per dimostrarlo non mi sembra la più diretta, nè la più facile.

Nella Giunta XXVI (*Appendice alla* prima edizione, pag. 1098, ripetuta nella seconda vol. II, p. 526) io mi trattenni sulla sentenza della corte di Brescia del 7 febbraio 1867, rispondendo ai suoi argomenti. La importanza del tema, il desiderio di contribuire, per quanto sia da me, a definire una tale questione che tiene alle norme primarie del processo, nell'aspettazione dell'oracolo di una corte suprema che sembra non sia ancora stato pronunziato, ho approfittato della occasione per tornare sopra i miei studi, vedendo che la insistente opposizione non cessa. Spero mi sarà perdonato. Del resto sono lieto di dovermi ripetere; con ciò persuado a me stesso di non aver mancato a quella diligenza di esame che è il primo debito dello scrittore, senza attribuire pertanto alcuna autorità alle mie parole.

Ritornando sulla decisione dell'esimio presidente della corte di Brescia, comincio dall'osservare ch'essa era giusta nella conclusione. Una questione ereditaria si agitava in secondo grado avanti quella Corte. Ad un tratto una delle parti contendenti, senza neppure citar l'altra parte, si rivolge al presidente, e chiede niente meno che il sequestro giudiziario di un immobile, di quell'immobile, o di uno di quegli immobili dei quali era contesa, in relazione ad un titolo ereditario. Si pretendeva all'applicazione dell'articolo 1875 del Codice civile: ed è gravissima cosa il sequestro di un immobile, anche per quello stesso magistrato che ha tutto il potere della lite. Gravissima cosa, ripeto, e non da usarsi che con estrema parsimonia, per non render giudizi prematuri, e decidere la questione innanzi tempo. In tale condizione di cose, mentre la pienezza della cognizione è necessaria, e mentre la cognizione è devoluta al magistrato collegiale, il presidente non avrebbe mai potuto di sua autorità togliere l'immobile controverso dalle mani del suo possessore, se almeno un vero ed istantaneo pericolo non esistesse, pericolo che dalla qualità del fatto esposto nel decreto non si rileva. Stando a ciò, il decreto era giusto. Ma convien dirlo, e qui si permetta la parola al giudice di cassazione, decisioni giuste, si guastano troppo spesso dai motivi. A che proposito si doveva sviluppare la teoria del ricorso o del non ricorso, se il presidente poteva con molta semplicità, e per motivi inconcussi, respinger la domanda? Una corte di

20, Cod. de agricolis et cens.; L. ult., Cod. de ordine cognit.; L. ult., Cod. quib. et libert.

Nel tempo moderno i Codici civili fecero materia propria questo istituto; ma fu troppo spesso dimenticato di farvi corrispondere la legge del rito. Gli art. 1961, 1962 e 1963 del Codice Napoleone; il Codice delle LL. civili delle Due Sicilie dall'articolo 1833 al 1835; quello di Sardegna dal 1990 al 1999 istituivano il sequestro giudiziario; ma non trovandosi nei relativi Codici di procedura veruna specialità di rito, era palese che l'ordinamento comune era da osservarsi. E del non contenere quelle procedure norme particolari intorno al *sequestro a deposito giudiziario*, può spiegarsi da ciò che non essendovi impresso carattere d'urgenza, e le cause che lo autorizzavano avendo attitudine a competrarsi nel merito della questione, motivo non si aveva per deviare dalla regola ordinaria del rito. Ma l'articolo 921 della nuova procedura comincia dall'essere una legge sostanziale che aumenta le cause del sequestro giudiziario; e poichè muove da cause che possono essere più o meno istantanee ed urgenti, uopo è che il rito stia in relazione e vi corrisponda.

Ma non è neppure totalmente vero che nella procedura francese non fosse giammai permesso alcun sequestro senza citazione; bastando indicare l'articolo 826 che riguardava la *saisie-revendication*, decretata dal presidente del tribunale di prima istanza con ordinanza *rendue sur requête*, e quindi senza citazione.

cassazione è spesso obbligata ad annullare decisioni giuste nel fondo perchè avviluppata di erronei motivi ai quali la natura della causa non permette tante volte di sostituirne altri migliori.

Il largo teorizzare conviene agli scrittori; il giudice deve farlo a tempo e a misura. Dire che un sequestro giudiziario è *un atto per sua essenza eminentemente giudiziario*, sembra quasi volersi spiegare colla parola la sostanza dell'oggetto. Io ho dato esempi, di sopra, che in altre legislazioni si chiama *sequestro giudiziario* un atto che per noi non è che *un sequestro conservativo*, stando all'attuale nomenclatura del Codice; e chiamasi eziandio *sequestro giudiziario* quello per rivendicazione (*saisie-revendication*), benchè il titolo non impedisse che sopra *semplice domanda in iscritto* e senza citazione (articolo 826 del Codice di procedura civile) non si potesse accordare codesto sequestro giudiziario. Certamente il legislator nostro ha fatto uso migliore e più proprio di quel predicato; ed anche potrà rilevarsene il concetto separativo in ordine ad altri sequestri analoghi; ma dedurre dall'appellativo, ossia dalla formola usata dal legislatore per qualificarlo, *la essenza dell'atto*, nè si dovrebbe, nè credo tampoco l'esimio magistrato abbia voluto farlo. Ma che non solo per la parola, ma eziandio per sua indole e carattere, il sequestro sia *giudiziario*, diversificando perciò dal conservativo ed esecutivo, io pienamente convengo.

« Conservare la cosa che è l'oggetto della « lite, è questa la missione del *sequestro giu-* « *diziario* », io scrissi esponendo l'articolo 921, mentre posi a rincontro che « il sequestro con- « servativo è nell'interesse diretto, immediato « del creditore, non nell'interesse di amendue « le parti e della giustizia, quale il giudi- « ziario ». Se io non m'ingannai in quelle nozioni, del resto così semplici, la differenza è stabilita *nell'oggetto*; ciò non toglie che non vi siano *cause* comuni in quanto determinano quella provvidenza che si chiama sequestro, e *modi* anco di provvedere non ci siano comuni. Qui giace, non so bene, un equivoco, che per esser *giudiziario*, in ordine al proprio oggetto, il sequestro non possa chiedersi che *avanti il magistrato della lite*, e non possa chiedersi che mediante atto di citazione. Sarebbe un cattivo argomento dedotto dalla parola. Il sequestro rimane giudiziario o si chieda con ricorso (in casi urgentissimi), o si chieda mediante citazione; o al pretore, o al presidente; sia la lite cominciata, o tenda a cominciarsi. Rimane *giudiziario* perchè le cose sequestrate continuano a possedersi dal giudice sino alla decisione della lite; perchè le cose sequestrate non devono servire a soddisfare un credito, e quindi a tutelare l'interesse di una sola delle parti che ha dovuto perciò giustificare di avere un credito in pericolo. Se si vuol dire, *a sequestro giudiziario* devono corrispondere *mezzi giudiziari*, ciò farebbe supporre che un *ricorso* autorizzato dalla legge, e il *decreto* che ne segue, non siano *atti giudiziari*, quasichè non siano presentati al giudice, e da lui ordinati, e per ordine del giudice eseguiti.

E che il concetto del presidente della corte di Brescia questo fosse, pienamente ne persuade le parole che vengono appresso, e da noi testualmente trascritte. Aggirandosi intorno a questa idea di sequestro *giudiziario*, e nella impressione fattagli da tale appellativo, svolge il ragionamento che meglio può vedersi nelle sue parole; e trova assurdo che si faccia un giudizio senza giudizio, cioè senza citazione, e chiama *strano bisticcio un sequestro giudiziario stragiudiziale*.

Mi guarderò bene dal dire che il bisticcio stia in queste parole; mi limiterò a ripetere la mia osservazione. Tutti sono giudiziali quegli atti che appartengono all'organico dei giudizi; atto giudiziale è la citazione che si esibisce al giudice onde su tale istanza pronunci la sua sentenza: atto giudiziale non meno è il ricorso, altra forma d'istanza, sulla quale pure nei casi determinati dalla legge, il giudice emette la sua legale pronunzia. Il ricorso è contemplato come la citazione nelle disposizioni generali che porgono le prime basi dei giudizi (lib. I, tit. I); anche il ricorso ha i suoi caratteri estrinseci stabiliti dalla legge; deve essere sottoscritto da un avvocato o procuratore esercente, ecc. (articolo 50); dev'essere motivato e accompagnato da prove. Il ricorso è il primo atto del giudizio onde poi altri si sviluppano sino alla sentenza che, dopo la chiamata delle parti, decide la lite. Assurdo sarebbe piuttosto che il ricorso, facendo parte sostanziale di un tutto che si chiama giudizio, non fosse per se stesso un atto giudiziale.

Non è a parlarsi d'interpretazione ristrettiva, perchè trattasi di eccezione. È verissimo: il cominciare un giudizio da un ricorso, anzichè dalla citazione, è metodo eccezionale riservato a quei casi d'urgenza nei quali giustizia non può farsi senz'applicare istantanei rimedi: ma la legge ha sempre cura di provvedere che nel più breve termine sia notificata all'altra parte, chiamata a difendersi. Noi prenderemo a guida costante la regola — *ogni domanda è proposta con atto di citazione*, ma

ricordando anche l'altra parte dell'art. 37 — *salvo che la legge stabilisca un'altra forma;* insomma la legge non la faremo noi, quasi quella che esiste non sia buona: nè diremo che la citazione sia indispensabile, e in ogni caso indispensabile al sequestro giudiziario, quando l'articolo 921 si esprime *sopra domanda della parte interessata*, parole che non coartano punto la domanda alla forma della citazione. Perchè poi si abbiano ad applicare le forme della sezione seguente, fu già dimostrato.

L'articolo 1877 del Codice civile non si oppone a questa interpretazione. « Il sequestro « giudiziario viene affidato o ad una persona « sulla quale *le parti interessate siano fra loro « d'accordo*, o *ad una persona nominata d'uf- « fizio* dall'autorità giudiziaria ». Si può dire che la nomina d'uffizio non ha bisogno del concorso di tutte le parti interessate. *Altri casi ed altri bisogni*, contempla l'art. 921 della procedura, come pure si è detto: e sebbene l'indole dell'istituto sia ancora *di sequestro giudiziario* e non conservativo, non cioè nell'interesse di una parte nè a soddisfazione di un credito, vero è però che nell'articolo 921 assumono il carattere della urgenza, ed è naturale che modi di procedere opportuni vi siano applicati. L'articolo 922 e il 923 suppone che le parti siano in presenza; e possono esserlo, e lo sono anzi il più delle volte, perchè rarissimo è che si possa procedere per ricorso e senza citazione; se il caso non è urgentissimo, il giudice ordinerà egli stesso la citazione in un termine più o meno sollecito. Quindi gli art. 922 e 923 (1) suppongono il caso più ovvio, quello della presenza delle parti. È chiaro che, trattandosi di sequestro sopra semplice istanza, il giudice stesso *nominerà d'uffizio* il custode; nomina provvisoria, imperocchè, notificato il decreto, le parti potrebbero *concordarsi* in altro custode od opporre eccezioni alla nomina fatta dal giudice.

L'argomento tratto dalla urgenza era troppo grave: hanno dovuto preoccuparsene. Non avete, si dice, il rimedio dell'incidente d'urgenza avanti il presidente contemplato dall'articolo 182?

Più risposte che dimostrano che l'uno all'altro provvedimento non può essere surrogato con pari efficacia.

Il rimedio dell'articolo 182, utile senza dubbio ed opportuno in molti casi, è insufficiente in altri: 1° perchè non può istituirsi che a causa già cominciata e pendente: per conseguenza se la causa non fosse cominciata e pendente, non ci sarebbe alcun rimedio; 2° perchè ristretta una tale facoltà al presidente del collegio, sarebbe tolta quella ancora più utile del giudice locale ove la urgenza si manifesti; il tempo che si dovrebbe spendere per accedere alla sede del tribunale, forse lontana, manderebbe in fumo qualunque provvedimento; 3° perchè il mezzo della citazione non è mai così rapido e momentaneo come quello del ricorso; 4° finalmente perchè la citazione e premonizione tante volte rende impossibile di applicare il rimedio. Il caso che ho proposto nella nota, vale dire di una merce che deperisce di momento in momento, vi farà vedere che il solo *ricorso* e un decreto istantaneo può risponder al bisogno. Ora figurate il pericolo *dello sottrazione*, che pure ho esemplificato in altro luogo. Se voi citate il sig. Tizio che sta per fuggire collo scrigno delle gioie di cui si disputa, ditemi un poco s'egli si affretterà di recarsi alle tranquille aule del tribunale per dire le sue ragioni come un galantuomo; o se piuttosto si affretterà di prendere il biglietto della strada ferrata?

A noi preme di escludere la idea che il sequestro giudiziario *non possa mai concedersi sopra semplice ricorso*, per non privare la giustizia di questo mezzo necessario nei casi più urgenti, e per lasciare alle procedure eccezionali tutte quelle gradazioni che onorano la previdenza del legislatore corrispondendo ad altrettanti bisogni della giustizia.

III.

Della autorità competente per la conferma del sequestro conservativo o del sequestro giudiziario accordato per semplice ricorso.

L'ordinamento giurisdizionale in fatto di *sequestro conservativo* ha un meccanismo al-

(1) Un caso di urgenza è anche quello di *deterioramento* di una cosa mobile. Nasce la questione di proprietà su dieci casse di pesce fresco nella stagione più calda: dopo un giorno la merce non sarà più vendibile: l'oggetto della lite sta per perire. Procedere per citazione sarebbe consumare più giorni: la vaghezza della forma farebbe perdere la sostanza. Un ricorso: ordine immediato di vendere il pesce in giornata, autorizzando il custode a venderlo privatamente, giusta la facoltà che ha il giudice dall'articolo 610, capoverso 2°, ma senza contraddittorio se trattasi di ricorso. Ciò è in relazione all'articolo 950. Il prezzo è ritenuto in deposito, e nel prezzo si trasforma, per necessità delle cose, l'oggetto del giudizio.

quanto complicato. Il sequestro conservativo può concedersi *dal pretore del luogo ove deve eseguirsi*, specialmente nei casi d'urgenza (articolo 927). Dopo ciò, e previa la notificazione del decreto, con citazione in via sommaria, il sequestrante promuove giudizio *sul merito del sequestro*, ossia sulla sua validità per ottenerne la conferma. *L'autorità giudiziaria è quella del luogo del sequestro competente per materia e valore.* Quest'autorità potrebb'essere anche competente *a conoscere del credito*, e allora l'attore *può proporre nello stesso atto la domanda per la condanna* (articolo 931). Ma se non è competente a conoscere del credito (perchè il tribunale del luogo ove risiede il convenuto è diverso) si limita a confermare o revocare il sequestro.

Può dunque avvenire che tre diversi seggi giudiziari si abbiano a percorrere per completare il giudizio. Ma può anche avvenire che basti un solo. Se la causa del titolo pende avanti quella stessa autorità che concede il sequestro (pretore, o tribunale, o corte) tutto sarà deciso in quella sede.

Tre caratteri distinguono l'autorità giudiziaria alla quale si chiede la conferma del sequestro. Competenza *di luogo;* competenza *di materia;* competenza *di valore.* Questi tre requisiti devono concorrere. Se il valore supera lire 1500, mi porterò al tribunale civile; ma se il credito è commerciale, mi porterò al tribunale di commercio che siede in quella provincia.

Così per determinare la competenza in ordine alla concessione e conferma del sequestro, si ha riguardo *alla cosa sequestrata* anzichè al titolo del credito (1).

Ho detto che se l'autorità che concede il sequestro è quella stessa avanti la quale pende la causa del titolo (o causa principale, come dice l'articolo 926), essa è competente per ogni fase del sequestro. La condizione della territorialità non influisce sulla competenza se non quando la urgenza ci ha fatto preferire il pretore del mandamento *in cui il sequestro deve eseguirsi* (articolo 927).

Ciò è il risultato della combinazione dei diversi articoli che dispongono intorno al sequestro conservativo. Ma si vorrebbe sapere la via a tenersi *rispetto al sequestro giudiziario.*

Non nego che a questo punto la questione assume una certa gravità, nè dissimula la esitanza che mi ha tenuto sospeso per alcun tempo. Io diceva, benchè il procedimento cammini conforme sino al momento in cui il sequestro è pronunziato, e così sia riparato ad un bisogno che non ammette dilazione, quando però il sequestro entra nella seconda sua fase, e dal giudice non investito che di una giurisdizione eventuale e momentanea, si deve passare a quello che riveste il carattere della competenza ordinaria affinchè il sequestro abbia la sua legittima conferma, sembra che il sequestro giudiziario non debba correre quella stessa via che è assegnata per la conferma del sequestro conservativo nell'articolo 931. Il sequestro giudiziario, non essendo istaurato che all'effetto di garantire i diritti comuni dei litiganti e l'oggetto della lite, non dovrà dunque per la sua conferma o ratifica, vuol espressa o tacita, non dovrà proporsi al giudice avanti il quale è portata la questione del diritto anzichè al giudice che desume in principal modo dal territorio la sua competenza concreta, dato che altresì per materia e valore sia competente? (2). Così per disposizione dell'art. 940 il processo verbale del provvedimento emanato su denuncia di nuova opera, col decreto e colla citazione, *si dirige all'autorità giudiziaria competente a pronunciare sulla controversia*, vale dire *sulla controversia di diritto.*

Malgrado queste o simili considerazioni, che altri con maggiore insistenza potranno fare, io non devierei dall'ordine stabilito alla conferma del sequestro conservativo, non tanto perchè accettando nel primo stadio quella procedura è incongruo che voglia rifiutarsi nella parte che ne concerne lo sviluppo e il compimento, quanto piuttosto per una ragione dedotta dalla speciale natura di questo istituto. Il sequestro, per semplice ricorso e senza citazione dell'altra parte accordato, misura straordinaria giustificata dalla urgenza, *non è un fatto giuridico compiuto*, non ha sussistenza

(1) Come ben disse la corte d'appello di Torino nel 19 aprile 1865 (Bettini-Giuriati, p. I, col. 237).

(2) L'esempio chiarisce. Sopra domanda di Paolo, che vanta dei diritti da sperimentarsi in giudizio sopra certe azioni commerciali acquistate da Pietro, negoziante di Milano, e delle quali non ha ricevuta la consegna, scopre quei titoli in mano ad un commerciante di Biella. Tosto recasi a quel pretore e li fa sequestrare. Se deve seguirsi le norme dell'articolo 931, Tizio va al tribunale di commercio di Torino e domanda la conferma del sequestro giudiziario. Se invece deve trascurarsi quest'intermedio per venire senz'altro al tribunale ove si discute o si deve discutere il diritto, non al tribunale di commercio di Torino, quale giudice territoriale, ma a quello di Milano, domicilio del convenuto, dovremo rivolgerci.

durevole senza il battesimo della conferma che lo renda perfetto in *genere suo* indipendentemente dal giudizio di merito, quantunque abbia implicita una condizione risolutiva, dato che la causa del merito risultasse contraria alla pretesa del sequestrante.

Osservazione che pure risponde ad un obbietto da noi altra volta confutato, e avvalora la tesi della correlatività e attinenza delle due specie dei sequestri, in quanto riguarda il rito della loro formazione. Risponde a quelli cui un ricorso senza citazione sembra una illegalità e una violazione dei principii elementari dei giudizi, se è vero che il sequestro non sia per ritrarre efficacia giuridica che da un giudizio di carattere contraddittorio. È una riprova del rapporto logico dei due sequestri in ordine alla procedura, dacchè il sequestro giudiziario non meno dell'altro, se accordato per via di ricorso, esige citazione e conferma. La conferma del sequestro non è mai una decisione influente sul diritto. Essa non fa che convalidare la opportunità della misura cautatoria, e riconoscere che le norme statuite dalla legge furono osservate (1).

IV.

Della incompatibilità del sequestro giudiziario o conservativo col pegno giudiziale, già eseguito.

A breve discorso mi porge materia una ottima sentenza della corte d'appello di Milano (del 24 ottobre 1868, *Monitore*, pag. 19) sulla specie seguente. In pendenza di un giudizio di spropriazione, e precisamente dopo il bando per il reincanto dello stabile, atteso l'avvenuto aumento del sesto, la signora *R.*, creditrice eseguente, si fece a domandare al presidente del tribunale *il sequestro dei beni stabili soggetti alla espropriazione*, e la nomina di un sequestratario per escludere il debitore secondo la previdenza dell'articolo 2085 del Codice civile. Il presidente accolse la domanda; e adito di poi il tribunale di Como per la conferma, la signora *R.* riportò ancora sentenza favorevole.

La corte di Milano annullò il sequestro, revocò la sentenza.

Io raccomando all'attenzione questo giudicato che può valere in qualche modo un complemento alla teorica del sequestro. « La esecuzione sopra immobili, diceva la corte, racchinde già in sè la potenza efficiente del sequestro, come il più racchiude il meno; e per virtù della trascrizione del precetto introduttivo del giudizio di spropriazione forzata; di modo che, iniziata questa, è poco meno che assurdo il provvedimento del sequestro sopra gli stessi beni colpiti dalla esecuzione; e quindi non era il caso, nella specie in esame, di sequestro giudiziario a mente dell'articolo 921 della procedura civile, attesochè di codesti medesimi stabili fosse già per legge costituita sequestrataria giudiziale la debitrice *P.* giusta il disposto dell'art. 2085 del Codice civ., nè si possa ammettere la qualità di sequestratario indipendentemente dalla cosa e dal fatto dal sequestro ».

Il sequestro esisteva: perchè chiederlo di nuovo? Perchè aggravare al debitore le spese e reclamare una sicurezza della quale non avete punto bisogno? La risposta della corte era perentoria. Un giureconsulto di cui si onora la magistratura italiana (2) ha voluto visitare l'argomento anche in fatto di sequestro conservativo di mobili pignorati, e gli siamo tenuti.

« Questo straordinario rimedio (egli dice benissimo) non è che un pegno pretorio, che a cagione di soprastante pericolo in mora si anticipa per stragiudiziale provvedimento, *inaudita parte*, contro le regole generali del diritto a favore del creditore che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, o di temere sottrazioni, o che sia in pericolo di perdere le garanzie del suo credito, e siccome per l'affidamento delle cose mobili pignorate in custodia d'idoneo depositario responsale, rimane giuridicamente escluso qualunque concetto di pericolo in mora, così ne consegue ineluttabilmente che non può in tal caso competere ad altro creditore diritto di assoggettare a sequestro conservativo quegli stessi mobili che già furono giudizialmente assicurati per pignoramento ».

Non è una seria obbiezione quella che si toglie dall'articolo 930 (3), che richiamando le *norme del pignoramento*, sembra potere abbracciare anche la disposizione dell'art. 598, che prevede il cumulo dei pignoramenti sui

(1) Invece la inibizione o sospensione *dell'opera nuova*, pregustando il diritto suscita ad un tempo la controversia, e non può separarsi dalla cognizione di quella.

(2) Biagi, al num. 49 del *Monitore dei Tribunali*, anno 1869, pag. 1157.

(3) « Le norme stabilite per il pignoramento si applicano al sequestro quanto al modo di procedere... ».

mobili. L'articolo 598 non rappresenta una regola generale: esso indica il modo di condursi in un caso particolare, e anche non comune, qual è il sopraggiungere di un nuovo creditore, che sorprendendo a dir così l'usciere nella sua funzione di oppignorare i mobili di un debitore comune, si accinge alla stessa operazione: il che non farebbe se venisse a processo verbale chiuso e ad operazione finita. Ma se il sequestro conservativo (1) in qualche straordinaria contingenza supplisce al pignoramento mentre il privato non è autorizzato dal proprio titolo a consumarlo e necessità incalza, si distingue per tanti caratteri dal pignoramento, che sarebbe superfluo il farne la dimostrazione. Del resto l'articolo 930 fu sollecito di una tale precisione di dettato che io non comprendo come quell'argomento abbia potuto uscirne.

Si prenderà dalla legge del pignoramento il modo di procedere che riguarda — *le cose*, o *il soggetto — le misure di conservazione e il processo verbale* (2); nè può portarvisi di pianta l'istituto che concerne in dati casi la duplicità di un pignoramento contemporaneo, che ha causa e ragione di esistenza giuridica tanto diversa.

La materia non è omogenea; il sequestro conservativo non può lottare col pignoramento esecutivo, benchè più sequestri potrebbero essere domandati ad un tempo da più creditori. Nel qual caso il giudice può anche accordare la misura straordinaria in nome di più richiedenti, e niente osta purchè si ottenga lo scopo di ovviare al pericolo che minaccia ognuno dei creditori; e nella discussione dei titoli avanti il magistrato competente sarà a vedersi se a più creditori abbia a dividersi il prezzo delle cose vendute, o alcuno di essi sia preferibile.

Ciò che interessa principalmente la teoria si è, che siffatti rimedi dei sequestri più o meno provvidenziali non si possono spendere quando la posizione del creditore sia guarentita coi mezzi ordinari, mancando lo scopo, e non dovendosi abusare lo straordinario *contra juris rationem*, che è la normalità giuridica.

Vi è forse a dire altrimenti rispetto al sequestro giudiziario?

Il sequestro conservativo non conviene che ai mobili, laddove il giudiziario si estende eziandio agli immobili. Ma l'uno e l'altro, quantunque per motivi differenti, ha per effetto di trasferire nella custodia, e direi sotto la protezione del magistrato, cose di privato diritto. Tutto ciò avviene sempre prima che il privato, armato dell'autorità della legge, col ministero di pubblico ufficiale, trasporti egli medesimo sul banco del giudice le cose del debitore. Consumato questo fatto giuridico, cessa la opportunità, cessa insieme la giustizia di ogni atto sequestrativo. Cessa la opportunità, perchè ciò che si ha, non si dee volere due volte; cessa la giustizia perchè, posto che si volesse aderire a una misura diversa, quasi per ritenere sotto un'altra forma quello che si ritiene, quasi per dare al sequestro un altro indirizzo, sarebbe con lesione dei diritti acquisiti al creditore coll'atto giudiziale che ha eseguito: di maniera che il sequestro non può essere un sussegnente, ma solo un precedente o un equivalente dell'atto pignorativo. E dicesi tanto del sequestro conservativo che del giudiziario.

CAPO II.

DELLA DENUNZIA DI NUOVA OPERA O DI DANNO TEMUTO.

Articolo 938.

La denunzia di nuova opera o di danno temuto, di cui nel numero 3° dell'articolo 82, è fatta con citazione a comparire davanti il pretore competente a norma dell'articolo 93; può anche farsi con ricorso presentato al pretore, il

---

(1) Non però il giudiziario, come vengo a dire.

(2) *Salve le disposizioni speciali* della presente sezione, che non potrebbero accomunarsi con quelle generali del pignoramento.

quale prima di procedere può ordinare la citazione dell'altra parte anche ad ora fissa.

Se penda tra le parti un giudizio che abbia connessione coll'oggetto della denunzia, questa si deve proporre in via d'incidente nel giudizio medesimo.

Annotazioni.

1. *Delle inibizioni* de non faciendo.

La denuncia della nuova opera appartiene a questo genere d'inibizioni; rimedio di classica memoria, ha sempre goduto negli antichi e nei moderni ordini di una sistemazione particolare; mentre delle altre inibizoni, *de non faciendo*, non snleva trattarsi nelle procedure, onde nasceva il dubbio se punto vi avesse d'arbitrio il giudice, o i danni che fossero per derivare dall'abuso della proprietà, non fossero emendabili che coi mezzi d'azione. L'usufruttuario che manomette e depaupera il fondo, il proprietario che spoglia di alberi e viti l'immobile ipotecato, sono certo tenuti a riparare il danno; può decadere il primo dal possesso, essere costretto il secondo ad anticipare il debito; ma che il giudice potesse con un atto, per dir così, della sua volontà e in via semplice e provvisoria arrestare quel movimento di distruzione, inibire insomma che altro si facesse sino a ragioni vedute, quello era di cui si dubitava. E sta la ragione del dubbio in ciò, che non si avesse voluto estendere una facoltà pericolosa, di cui, mancando specialmente ogni traccia di rito, era facilissimo abusare.

Il nuovo Codice di procedura toglie via queste dubbiezze mediante l'istituto del *sequestro giudiziario* meglio ordinato e rilevato. Difatti l'articolo 921 è vasto abbastanza per comprendere, fra gli altri mali temuti, anche le vicende di *deteriorazione* che possono accadere all'immobile, e si estende ad ogni genere di inibizioni. A ciò si aggiunge che le forme dettate in questo capitolo sono opportune e facilmente applicabili a casi consimili.

2. *Della denuncia di nuova opera e dei caratteri di quest'azione.* « Chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri impresa, così sul proprio come sull'altrui suolo, « sia per derivar danno ad un immobile, ad « un diritto reale o altro oggetto da lui posseduto, può denunziare al giudice tale nuova « opera, purchè non sia terminata, e non sia « trascorso un anno dal suo cominciamento » (articolo 698 del Codice civile).

Di tal maniera il Codice civile statuisce con perfetta chiarezza i caratteri di quest'azione, determinando 1° il luogo ove la nuova opera può inibirsi, e trova indifferente ch'essa si manifesti sul nostro o sul suolo altrui, togliendo di mezzo i dubbi che si elevarono su questo punto dallo studio delle antiche sorgenti (1); 2° l'oggetto della inibizione, che è quello di stornare un danno che si minaccia a una nostra proprietà, a un nostro diritto reale qualunque sia; 3° lo stato della nuova opera, onde il rimedio non perda il suo carattere inibitivo e la sua ragione precauzionale e preventiva.

Questo istituto, quantunque enunciato con tanta esattezza nel Codice civile, appartiene principalmente alla procedura e merita attenzione, per non confonderlo colle azioni e rimedi affini, come succede spesso nelle complicazioni della pratica. La denuncia di nuova opera, secondo alcuni, è un'azione possessoria (Henrion de Pansey, Merlin); Carré, stimando coll'Huberus *obsoletum effectum nunciationis*, pensò che la inibizione non potrebbe pronunziarsi che in un giudizio incidentale, ma più tardi cambiò avviso e si unì alla maggioranza che considerava la denuncia azione possessoria. La legislazione francese non aveva ancor detto la sua parola; fu necessario occuparsene, e nacque l'articolo 6 della Legge del 1838; la denunzia di nuova opera venne *formalmente* classificata fra le azioni possessorie (*Commentario al Codice sardo*, vol. I,

(1) Troplong, *Della prescrizione*, n. 318, pensa che secondo il diritto romano la nuova opera potesse denunciarsi anche contro chi veniva a fabbricare sul nostro suolo. Generalmente gli interpreti, Accursio, nella glossa al framm. 1°, de nov. op. nunc.; Donello, lib. XV, cap. XLVI vol. IV; Voet, a questo titolo, fra i recenti, Haimberger, § 601, ne parlano con quella indifferenza che si scorge nelle stesse decisioni di diritto, nelle quali la caratteristica più rilevante è certamente quella che l'*opus novum solo conjungontur*. Esiste però un frammento che mi sembra positivo a ritenere, che questo rimedio era concesso anche al proprietario e possessore, la cui importanza sarà meglio intesa da quello che in breve diremo. Eccolo: « *Sed si in ædes nostras quis immittit, aut in loco nostro ædificet, æquum est, nos operis novi nunciatione jus nostrum nobis conservare velle* » (Leg. 5, § 6, de op. novi nunc.).

part. I, pag. 253). I commentatori ne afferrarono la conseguenza, ed era una sola: che la nuova opera *è una turbativa di possesso*. La denuncia non sarebbe stata che un'azione in manutenzione. Troplong e scrittori italiani anche più recenti non ricusarono alla denunzia di nuova opera il carattere di azione possessoria, non però esclusivo, poichè talvolta essa è sostegno e quasi difesa della proprietà. Veniamo al nostro sistema.

Le distinzioni portate dal Codice di procedura mostrano che questa non è un'azione possessoria nel rigor della parola. L'art. 82 dichiara di competenza dei pretori le *azioni possessorie*. Più avanti, in una categoria a parte e comune (num. 3) le *azioni di danno remoto e denuncia di nuova opera*. Queste adunque non sono azioni possessorie, e con esse non si confondono.

Può facilmente distinguersi l'*oggetto giudiziario* dall'*oggetto giuridico* che si ravvolge nell'azione, e al lume di tale distinzione percepirsi la differenza. Per oggetto giuridico intendo *lo scopo utile che la parte si propone in conformità del diritto*. Se guardisi all'oggetto giuridico, l'azione tiene ordinariamente al possesso, ma è anche vero ch'essa può esser fulcro della proprietà. Sono frequenti le cause nelle quali la *novità* che comincia a farsi dal possessore del fondo limitrofo viene a turbare, o minaccia di turbare, l'uso e godimento delle acque che il vicino possiede; operando, p. es., ad aprire nuovi sbocchi al torrente da cui l'acqua ad entrambi si dispensa. Denunciando la nuova opera, si tende a guarentire la pienezza del mio possesso, il godimento delle acque nei modi e nella quantità consueta. Rammento di aver giudicato in sede di cassazione una causa genovese, nella quale un vicino, scavando le fondamenta di una nuova sua fabbrica, diminuiva quelle della fabbrica del vicino, e ne pregiudicava la solidità. La denuncia della nuova opera è rivolta in questo caso alla difesa della proprietà.

Nell'ordine della procedura l'*oggetto giudiziario* è quello che assegna all'azione il suo posto fra le consorelle. Si conseguirà o l'uno o l'altro degli utili effetti ora avvisati; arrestando il novatore nell'esordio del suo lavoro, io respingo in tempo l'offesa minacciata al mio possesso o alla mia proprietà, e la faccio, per dir così, abortire; questa alla quale io miro può chiamarsi la *causa finale*. Ma la *formola della istanza*, *il suo scopo immediato*, è la sospensione e l'interdizione dell'incominciato lavoro. Il giudice ammette o rigetta la domanda così circoscritta, e non può divagare ad altra pronunzia; è quello che io chiamo l'*oggetto giudiziario* onde si discerne la denuncia di nuova opera dalle azioni possessorie (1).

Lo *scopo immediato*, *oggetto giudiziario* dell'azione possessoria, è lo stesso possesso. Io ne soffro, per un fatto ingiusto, la turbazione o la privazione. Il possesso mi dev'essere conservato e restituito intero. La base, come il termine dell'azione, è il possesso. Nella denuncia di nuova opera l'elemento del possesso può esistere, ma non appare, non viene in obbiettiva. Invece la prova che lo debbo fare *è la probabilità di un danno che io sarò per soffrire nel mio patrimonio dalla perfezione ed officiosità dell'opera incominciata*. Può talvolta introdursi l'elemento della proprietà, ma non tenendo al *fine prossimo*, vale a dire *non dovendo della proprietà il giudice pronunziare* in verun modo, la competenza rimane al giudice inferiore, altrimenti egli ne mancherebbe.

Se vi è terreno sul quale il *giudizio di manutenzione* possa confondersi coll'inibitorio di denuncia di nuova opera e la *novazione colla turbativa*, egli è quando l'opera nuova è fatta sul nostro medesimo suolo. In una nota superiore, citando il notevole e poco notato frammento 5, § 6 de op. nov. nunc., lo posi in sodo che l'acuto intendere degli antichi maestri avea scorto che la immissione qualunque nel nostro suolo per altrui fatto intenzionale poteva dar luogo alla *nunciatio*. Era quella che Ulpiano appellava causa *naturale*. « Ulpianus « ait, triplicem esse causam operia novi nun« ciationis, aut naturalem, aut publicam, aut « impositam. *Naturalem, cum in nostras ædes « quid immittitur, aut ædificatur in nostro* » (Voet, ad lib. XXXIX Pandect., tit. 1, n° 2). L'odierno legislatore ha fatto omaggio a questo principio, comprendendo *nella denuncia anche le opere nuove imprese nel nostro dominio*.

Non è raro che in una data condizione di cose ci competano più azioni per far valere il nostro diritto; noi possiamo battere diverse vie; il risultato di questi mezzi non è uniforme, ma ci avvicina più o meno al nostro punto di mira; a noi appartiene la scelta. Chi

(1) Quindi io non accetto la oscillante teoria che ora la denuncia di una nuova opera abbia qualità ora d'un'azione possessoria, ed ora no; secondo il mio modo di vedere, non è mai un'azione possessoria propriamente tale.

immette nel nostro suolo, non solo può far cosa che a noi minacci danni maggiori, ma ne fa certamente una, quella di perturbarci, di molestarci, diminuisce la tranquillità, il comodo del nostro godimento. Noi dunque possiamo anche esercitare l'azione possessoria, propriamente detta: ma qualche volta troveremo più efficace e più pronto il rimedio della inibizione, mentre l'azione fondata nel possesso sia pure materiale e di fatto, può forse comprendere qualche maggiore difficoltà, specialmente se il possesso non sia bene appurato, ma sia controverso e si pretenda, come suolsi, da amendue le parti (1).

Qui debbo aggiungere, che l'*azione possessoria* può aver luogo eziandio nel caso che i lavori siano cominciati non sul mio, ma sul fondo del vicino (2). Se questi facendo un nuovo lavoro nel proprio fondo produce impedimento al libero scolo dell'acqua che discende sul fondo mio, perturba il mio possesso; spesso io non avrò che quest'azione da esercitare se l'opera è tale che di primo tratto venne compita.

L'articolo 938 ci presenta anche un altro vantaggio nell'esercizio inibitorio; *un semplice ricorso fatto al pretore* basterà in casi urgentissimi; è lasciato al prudente arbitrio del pretore ordinare la *citazione*. L'articolo 940 ugualmente dichiara che il magistrato, accedendo sul luogo, può dare i più pronti provvedimenti.

3. *Della denuncia proposta in via incidente.* La nuova opera, ossia la novazione diretta a cangiare lo stato materiale delle cose, può appalesarsi a giudizio pendente. La istanza allora è incidentale, non può proporsi separatamente. Non vi è differenza fra giudizio di primo e di secondo grado. Non si può temere che in appello si deduca l'obbiettu della *domanda nuova*. Non avrebbe potuto farsi prima; la novazione è colpita dalla mano del giudice quando si presenta.

4. *Criteri direttivi.*

È dovere del giudice di *premettere la cognizione del fatto*, benchè sommaria. È tale condizione che, se non ne risultasse l'adempimento, il suo decreto, quantunque provvisorio, sarebbe nullo (3).

Nell'antico sistema non si guardava che al fatto della novazione, senza preoccuparsi in guisa alcuna della ragione giuridica. *Hoc edicto permittitur ut sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhibiretur.* Nè poteva altro dirsi, essendo la inibizione di atto privato. Quale cognizione deve ora assumere il magistrato? Forse quella del diritto? È impossibile escludere questa idea; tuttavolta egli non decide del diritto; non ne approfondisce neppure l'esame. Egli coglie, a dir così, i primi raggi della verità; riceve delle impressioni; giudica secondo coscienza. Primieramente è quella una novità o no? Se trattasi di ristaurare un edifizio preesistente, non vi è novità (Leg. 1, § si quis, Dig. de oper. nov. den.) (4), e se nulla vi ha di nuovo, la istanza manca di base. Il giudice in quel rapido esame che gli basta onde ammettere la domanda, con o senza cauzione, percepisce in effetto quattro idee: vi è un'opera; un'opera nuova; assunta senza apparente diritto; che può offendere le ragioni del reclamante.

a) Devo apparire un'*opera*. Il giureconsulto ha detto: « Opus autem factum (5) accipimus, *non si unum vel aliud cementum* « *fuit impositum*, sed si proponatur instar « quoddam (operis) et quasi facies quædam « tacta operis » (Leg. 21, § 3, de nov. oper. nunc). Altri pensano che il cumulo di molti materiali in un dato punto, spiegando la intenzione di fabbricare, costituisca una novità che dà presa alla denuncia. Io non voglio negarlo assolutamente, tanto più che noi non poniamo a condizione della nuova opera la *conjunctio soli*; ma dico doversi procedere con molta cautela. Bisogna poter leggere, dirò così, molto chiaramente nella intenzione; la quale essendo evidente, può tener luogo di un incominciamento dell'opera.

b) *Un'opera nuova*; e ne abbiamo discorso quanto basta.

c) *Un'opera assunta senz'apparente diritto*. Indarno si lamenta di un danno possibile, se altri può inferircelo con diritto. *Nun-*

(1) Onde mi sembra offendere in grande errore Troplong, dicendo che non vi è differenza alcuna *fra la querela e la denuncia di nuova opera* (*Della prescrizione*, num. 318).

(2) In questo l'illustre autore che ora ho citato conviene: e con ragione ribatte il Dalloz, che per le opere fatte nel fondo altrui non vede rimedio che nella denuncia.

(3) Nel decreto stesso si enuncia *essersi presa sommaria informazione*. Se vi è stato accesso (art. 939), il processo verbale ne fornisce la prova.

(4) È testuale. Nondimeno non è fuor di luogo uno schiarimento a questo classico responso. Chi restaura un edifizio preesistente, ampliandolo, innalzandolo, può produrre con questo qualche novità pregiudizievole all'edifizio del vicino.

(5) La glossa dichiara: *infectum*.

ciatio cessat ubi certum et notorium est nunciantem non habere jus nunciandi. Quelle parole *certum et notorium* ci dicono che il giudice deve trovare del tutto inconsistente ed assurda la domanda onde rigettarla. Nel dubbio accorda la inibizione. Veramente egli si occupa del diritto, ma in quanto la sua ragione è impressionata dal superficiale esame che ha potuto fare; è la sua persuasione del momento, ma basta perchè l'oppugnante si rivolga a mezzi più decisivi.

d) L'opera ha attitudine di danneggiare il reclamante. Anche questa è una indagine che il giudice percorre, si direbbe, a volo; un forte sospetto ch'egli n'abbia lo fa inclinare alla inibizione che è cosa *modici præjudicii*, e tutte le ragioni sono salve.

5. *Della cauzione.*.

« Il giudice, prosegue l'articolo 698 del « Codice civile, presa sommaria cognizione del « fatto, può vietare la continuazione della « nuova opera, o *permetterla ordinando le opportune cautele* ». Lo scopo di esse, e quindi la loro importanza, è distinta nel seguito dell'articolo. La cauzione, poichè non si tratta che di questo, o è imposta allo stesso attore che vince nella sua domanda d'inibizione, o al convenuto che è abilitato a proseguire il lavoro. Il giudice pronuncia la sentenza con siffatta condizione, ed assegna un termine a prestare la cauzione colle modalità degli articoli 133 e 331. Il decreto si notifica e dalla notificazione il termine decorre; e questo decorso, non prestata la cauzione, la permissione si ha come non pronunciata.

6. *Del danno temuto.*

L'epigrafe di questo capo denota che il metodo di procedura che in esso è dettato, si vuole comune anche al giudizio *di danno temuto.*

Può vedersi nell'articolo 699 del Codice civile cosa intenda la legge *per danno temuto* (1). Il danno minacciato *alla proprietà* e *alle persone* da una data posizione di cose materiali ad altri pertinenti, è di quei danni che non s'inferiscono nè mai possono inferirsi *jure*, come sarebbe dalla erezione di una nuova opera che altri avesse diritto di fare. Non c'è alcuno che abbia diritto di rovesciare un muro sopra la casa del vicino, e di esporre in luoghi di pericolo oggetti pesanti che cadendo nell'orto del vicino sfracellino le piante, i vasi dei fiori, o la testa del giardiniere. Quindi il giudice è affatto dispensato dalla *inquisitio juris*: e il suo còmpito è molto più semplice: *si damnum impendet.* In certe legislazioni ciò è demandato alla polizia; ed anche secondo i nostri regolamenti è materia di contravvenzione (Codice penale, lib. III, articolo 685 e seg.). L'antico pretore non potendo sempre provvedere colla necessaria celerità, *cum res damni infecti celeritatem desiderat*, riservandosi la giurisdizione, *magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit* (Leg. 1 de damno inf.). Trattandosi di un edifizio ruinoso e cadente, se *intra diem constituendum non caveatur*, l'attore era messo in possesso *ex primo decreto* (2). Il magistrato municipale si intrometteva o per delegazione del giudice, o di suo moto per suprema necessità; che se la sede del pretore o del preside fosse prossima, ad esso si doveva ricorrere; il magistrato municip le poteva in tal caso senza responsabilità ricusare il suo ufficio. Chi rammenta le complicazioni e le deboli guarentigie dell'istituto *de damo infecto*, non ha ragione di rimpiangere l'antico.

La nozione *del danno temuto*, quale ci è data dal Codice, fa rilevare la sostanziale differenza colla *denunzia di nuova opera.* Ma qual è questa sostanziale differenza? Essa è *nella causa*, che è più decisiva, e *nell'effetto* del danno che è più pressante. Il muro del vicino che strapiomba o sta per cadermi addosso, è più che un disegno di fondamenta tracciato ad un edifizio futuro; e il colpo che minaccia, è più fiero di quello che un manufatto arrivato ad un certo punto potrebbe portare alla pienezza del mio godimento delle acque irrigue. Un rimedio adunque pronto e perentorio è reclamato con ragione anco maggiore; ma infine la procedura poteva accomunare gli stessi temperamenti che la elastica podestà attribuita al giudice in simili contingenze deve poi applicare con sufficiente criterio.

Quell'istituto *de damno infecto* ch'ebbe tanta estensione nel diritto romano, fu dai nostri legislatori ridotto alle più semplici e schiette proporzioni; ciò che era un largo lavoro della

(1) Articolo 699: « Chi ha ragionevole motivo di temere che da qualsivoglia edifizio, da un albero, o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo ad un fondo od oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al giudice, e di ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pei danni possibili.

(2) Possesso che divideva col suo avversario « ... eum cui non satisdabitur, simul in possessione esse jubebo » (framm. 7, de damno infecto, § *De eo opere*).

giurisprudenza per equilibrare danni possibili colla prodigalità delle cauzioni, non è più che un rimedio ingiunto dalla necessità delle cose. Mirando a questo scopo, non teniam più conto delle differenze secondarie che pur esistono fra la denuncia di nuova opera e quella del danno temuto, quando trattasi di adattarvi un metodo facile di procedura e una giurisdizione organata in guisa che risponda a tutte le urgenze giudiziarie. Di codesti rapporti che vengono a stringersi nel punto di vista pratico, diremo qualche parola esponendo l'art. 940.

Quest'azione non appartiene meglio della denuncia di nuova opera alle azioni possessorie, quantunque com'essa si proponga *a causa finale* il più tranquillo e sicuro uso delle cose nostre e la incolumità dei nostri diritti, per cui la nuova redazione del Codice togliendo queste materie dalla sede strana ed impropria *dei delitti e dei quasi delitti* (1), ha potuto collocarle nella rubrica del Possesso. Ma gli elementi dell'analisi giuridica, potendo costituire oggetti distinti di azioni, ricevono una specie di elaborazione ulteriore ond'emergono i loro rapporti più diretti col vario scopo dei giudizi (2).

Articolo 939.

Quando vi sia necessità di verificare lo stato delle cose, il pretore può nominare all'uopo un perito, e se lo creda indispensabile, può ordinare l'accesso sul luogo, dichiarando in ogni caso se le parti debbano essere chiamate ad assistervi.

Nel caso di accesso il cancelliere ne fa processo verbale che deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo;

2° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza delle parti;

3° La data del provvedimento che ordinò l'accesso;

4° Il nome, cognome, il domicilio o la residenza del perito, e la menzione del giuramento da lui prestato, se il pretore sia stato assistito dal perito;

5° La menzione distinta delle verificazioni ed operazioni eseguite;

6° L'indicazione dei provvedimenti d'urgenza dati dal pretore sul luogo.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal perito se v'intervenga, dal pretore, e dal cancelliere.

Articolo 940.

Quando il pretore abbia provveduto sul ricorso senza citazione dell'altra parte, copia del ricorso e del decreto è notificata a questa nel termine stabilito dal pretore, con citazione a comparire davanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia.

Negli altri casi il pretore, dati i provvedimenti temporanei che crederà di ragione, se non sia competente a pronunziare sul merito della controversia, rinvia le parti davanti l'autorità giudiziaria competente.

Se il pretore abbia imposto l'obbligo di una cauzione, il provvedimento non sarà esecutivo, se non dopo che la cauzione sia stata data a norma dell'art. 929.

Se il pretore abbia prescritto la sospensione dell'opera denunziata, e la parte non obbedisca, può ordinare che le cose siano ridotte al pristino stato.

Annotazioni.

1. *Dei provvedimenti istantanei che può ordinare il pretore.*

a) In fatto di denuncia di nuova opera.

Nel maggior numero dei casi o si tratti *di denuncia di nuova opera* o *di danno temuto*, sarà sentita quella che l'articolo 929 chiama

(1) Capo v, Titolo vii, Libro iii del Codice civile albertino.

(2) Può vedersi ciò che si è detto della differenza delle denuncie di nuova opera colle azioni possessorie (sopra, num. 4).

necessità di verificare lo stato delle cose, con accesso sul luogo della controversia, che il giudice può ordinare anche sul semplice ricorso della parte. Venuto sul luogo, e compreso che qualche tempo posto in mezzo non nuoce, indice la citazione ad ora determinata; altrimenti prende quelle misure che la urgenza esige. Ma ciò nella denuncia di nuova opera dev'essere assai raro (1). Badi il savio magistrato che non è dell'arbitrio suo seguire l'uno o l'altro metodo; ponga mente che si vuole assolutamente la prova della necessità perchè un cittadino possa subire qualsivoglia tenue condanna senza difesa (2).

L'urgenza si manifesta più di sovente in fatto *di danno temuto*. Avverrà quindi che, presi i provvedimenti istantanei, dovrà rimettersi *post factum* la citazione secondo le norme del periodo primo dell'articolo 940. Questo articolo essendo nuovo e molto complesso, domanda qualche illustrazione.

La legge distingue *i provvedimenti* dal giudizio di merito sull'azione promossa. Dare i provvedimenti è sempre ed esclusivamente attribuzione del pretore; non sempre a lui appartiene il conoscere dell'intrinseco dell'azione medesima.

Si faccia chiaro coll'esempio. Si tratta di denuncia di nuova opera. Il mio vicino ha cominciato una fabbrica che, sollevandosi, verrà ad oscurare le finestre della mia casa. Io propongo la inibizione e la sospensione di quel lavoro.

L'oggetto del giudizio è un solo, la inibizione, la sospensione; ove occorra, la demolizione. Tale istanza involve anche *il merito;* il merito consiste nel sapere se voi abbiate diritto di fabbricare o io quello di vietarvelo. Io posso efficacemente oppormi, posso altresì chiedere la demolizione del manufatto se col nuovo lavoro mi arrecate o minacciate di arrecare al mio possesso, alla mia proprietà, un indebito aggravio. Io debbo provarlo perchè *in dubio libertas;* perchè mentre voi lavorate sul vostro, avete la presunzione del diritto.

L'oggetto del giudizio, ripetiamolo, *è sempre limitato alla facoltà o alla non facoltà di proseguire il lavoro;* la decisione che ne deriva mantiene ad ogni modo un carattere provvisionale; non pregiudica alle azioni petitorie, ma infine è un giudizio pel quale si è trasportati sul terreno del diritto sino al punto in cui si abbiano risultanze che bastino a giustificare l'ammissione o la reiezione della domanda.

Ora vediamo che si comprenda nella competenza del pretore come giudice momentaneo per causa d'urgenza, indipendentemente dalla controversia di merito.

Il pretore decide sullo stato di fatto. Può ordinare la sospensione del lavoro semplicemente, ma dubitando del buon diritto dell'oppositore gli dà carico di una cauzione per gli effetti dell'articolo 698 o 699 del Codice civile. Se l'attore non adempie alla condizione, *il provvedimento* non ha effetto; se invece il convenuto non obbedisce al precetto di sospensione, il giudice, quasi vindice della propria autorità, può altresì ordinare la demolizione dell'opera, e la riduzione *delle cose nel pristino stato* (art. 940 ultimo capoverso) (3).

Tutto questo entra per assoluto nella competenza pretoriale.

Le due prime parti dell'articolo 940 ci fanno sapere: *che quando il giudice procedendo sopra semplice ricorso, parte non citata*, ha dati dei provvedimenti d'urgenza, *spetta alla stessa parte* il fare le notificazioni prescritte e la citazione successiva; se i provvedimenti temporanei furono dati dal giudice, *in seguito di citazione*, egli stesso, il giudice, esaurita la sua giurisdizione d'urgenza, ordina la citazione avanti se stesso *come giudice della controversia purchè sia competente.*

Non è senza interesse avvertire a questo luogo un lato differenziale delle azioni possessorie. Il pretore, senza riguardo a valore, mantiene la sua competenza sino all'esaurimento completo dell'azione; *anche l'azione possessoria ha il suo diritto* (*jus possessionis*); per altro la indagine non si eleva mai sino all'esame della proprietà, *sino al petitorio;* il campo che percorre il giudice del possessorio è più esteso, ma il giudice percorrendolo rimane pur sempre nei limiti del proprio oggetto che è il semplice possesso.

Invece l'ufficio del giudice chiamato a provvedere nel pericolo di novità minacciose, si esaurisce sull'atto, guidato da un primo intuito e da un'apparenza di ragione; e a questo effetto la sua competenza non ha limiti di valore, ossia si esercita senza riguardo a valore. Dopo ciò *comincia una controversia di diritto;* controversia che può restringersi alla conferma o revoca dell'istantaneo provvedi-

(1) Perchè un'opera incompleta rare volte costituisce un pericolo attuale e irreparabile.

(2) Il giudice decretando provvedimenti istantanei sopra semplice ricorso, dichiara egli stesso il caso della massima urgenza.

(3) È la prima volta che questo punto di diritto giudiziario viene accertato da una legge espressa.

mento preso dal giudice; e può anche portarsi in più vasto campo coll'istaurarsi un giudizio diretto a definire il diritto di proprietà intorno al quale si agitano queste secondarie contese.

Perciò la legge è venuta replicatamente dicendo, che la *citazione* che susseguo i provvedimenti temporanei presi dal giudice, *deve inviarsi all'autorità competente*. Il pretore, come giudice d'urgenza, ha cessato di esserlo: resta a vedere se lo sarà ancora per la conseguente controversia del merito.

Osservate che il pretore poteva essere stato invocato in un giudizio principale *di cui la istanza provvisionale non sia che incidente* (capoverso dell'articolo 938). La sua competenza di merito essendo così stabilita, egli non fa che destinare la propria udienza (1).

Dopo il giudizio d'inibizione può istituirsi *un giudizio possessorio* all'oggetto di stabilire che il fatto contro il quale si è ottenuta o non ottenuta la inibizione, è una molestia inferita al nostro tranquillo o giuridico possesso; quindi lo spediente provvisorio può diventare definitivo, ovvero ottenersi per altra via, ciò che non si è potuto conseguire: definitivo s'intende sino all'azione petitoria (2).

Ma volendosi invece continuare il giudizio inibitorio dopo il provvedimento istantaneo, *dovendosi allora conoscere il diritto*, il giudizio diventa petitorio. In una magistrale sentenza, per intero trascritta nel *Commentario del Codice sardo* (vol. I, part. I, pag. 277; *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, vol. I, pag. 290), questo soggetto è svolto coll'ampiezza di un trattato. In sì difficile tema mi piace di riferire il seguente passaggio che è della maggior precisione: « Considerando che nel giudi- « zio di remissione (quello che ha luogo dopo la « semplice inibizione in via di fatto) viene in « esame un'azione affatto petitoria, *quando* « *non si eleva disputa sul possesso, ma sulla* « *proprietà o sul diritto d'innovare*. Qui, dice « il denunziante all'altra parte, voi non potete « continuare i lavori, o dovete distruggere le « opere fatte, non perchè a voi manchi il pos- « sesso della cosa dove innovate, ma perchè « voi non avete diritto ad innovare ».

Qui la sentenza enuncia alcuni casi di cui è evidente la opportunità: 1° Quando si dimostri che la nuova opera pregiudica ad un fondo che mi appartiene di diritto, quantunque io non ne sia il possessore; 2° Quando colui che ha sofferta la inibizione si accinge a provare che esso, essendo proprietario, e non facendo male ad alcuno, edifica con diritto; 3° Se trattasi di condomino che innova nelle cose comuni (3). In queste ed altre evenienze, o il giudizio che succede all'inibitorio sia possessorio o petitorio *quoad jus novandi*, o petitorio finalmente *quoad proprietatem*, egli è certo che sorge una giurisdizione nuova, una giurisdizione che astrae da quella di puro e semplice fatto esercitata dal pretore, e prende norme dalle regole generali della competenza.

---

(1) Il giudizio d'inibiziona può essere *incidente di un giudizio petitorio*; non però una domanda possessoria, sempre incompatibile e ripugnante al petitorio. Non si nega che talvolta la natura delle cose è tale che il possessorio e il petitorio negli interdetti stanno come di forza insieme, onde Voet: « Etsi vero interdictis plerumque de possessione « sola agitur, quandoque autem simul de proprie- « tate vel quasi-proprietate contenditur » (ad Pand., lib. XLIII, tit. I, num. 2). Ma la qualità della istanza e l'oggetto che si propone, in quanto l'uno o l'altro prevale, decide della competenza.

(2) Il mio vicino aveva cominciato dei lavori allo scopo manifesto d'impedire, mediante una chiusa, un deflusso di acque che alimentano le mie macine. Col giudizio inibitorio ho ottenuto la sospensione. Riparato all'urgenza, ed essendo ancora dentro l'anno, faccio istanza in possessorio affinchè si dichiari che io debba esser mantenuto in possesso contro quel manufatto, e l'avversario sia costretto a demolirlo colle conseguenze del danno.

(3) Si pone anche un altro caso. Suppone che *si possa denunciare la nuova opera anche oltre l'anno dal possesso*, e dicesi doversi perciò assumere di necessità un giudizio petitorio per annullare la inibizione. In fatto di denuncia di nuova opera, dichiara l'articolo 698 del Codice civile non potersi istituire *oltre l'anno dal suo cominciamento*; ciò non inchiude come necessario estremo il possesso del denunciante.

APPENDICE *B.*

Sulla denunzia di nuova opera.

(Aggiunte e sviluppi tratti dalla seconda edizione).

I.

Se e in quale rapporto questo rimedio appartenga al genere delle azioni possessorie.

Si può dire in primo luogo per evitare la confusione, che la legge giudiziaria considera codeste azioni in modo separato e distinto. Parlando di quelle cause che sono di speciale competenza del pretore senza riguardo di valore, pone al num. 2 dell'articolo 82 le *azioni possessorie;* e al num. 3 *le azioni di danno temuto e di denuncia di nuova opera.* Nel titolo XI, libro III dello stesso Codice di procedura, in luogo estraneo alle questioni di possesso, al capo II, si trova collocata la *denunzia di nuova opera;* ivi la competenza speciale del pretore è confermata e sono specificate le norme di rito.

E penetrando più addentro nella nozione di codesti istituti, possiamo rilevarne, prima le differenze, poi i rapporti e le affinità. Nella cura che hanno posta da non poco tempo le legislazioni italiane a discernere i requisiti della nunciazione (denunzia di nuova opera) togliendo di mezzo quei motivi di confusione che travagliano la giurisprudenza francese, la materia, divenuta per avventura volgare, troverebbe superflua la insistenza dello scrittore. Ma nel giudizio pratico, nelle applicazioni della procedura versiamo ancora in certe dubbiezze che sembrano rivelare qualche varietà nello intendere il primo concetto. Dirò cose note per discendere ad altre che meritano esame.

Stanno adunque per separare questo rimedio da quelli propriamente possessorii, le distinte categorie della procedura, i diversi ordini della competenza. I seguenti caratteri differenziali emanano più direttamente dalla nozione dichiarata nell'articolo 694 del Codice civile e dalla natura propria di codesti rimedi.

a) Fondamento dell'azione.

L'azione possessoria è fondata nel diritto di conservare la integrità del nostro possesso contro molestie e perturbazioni che ci provengono dall'altrui privato arbitrio. — La denunzia della nuova opera ha il suo fondamento nel diritto di prevenire il danno che potrebbe arrecare alla nostra proprietà, o al nostro possesso, il lavoro di costruzione che è già cominciato.

La molestia è un fatto che aspira alla usurpazione del possesso; è accompagnata da questa intenzione che gli attribuisce quasi un carattere d'ingiuria. Senza di ciò il fatto nocivo potrebbe bensì essere rimosso, ma non mediante l esercizio dell'azione possessoria. — La nuova opera può non avere intenzione emulatoria, ma derivare dalla credulità del diritto senz'animo ostile.

b) Requisiti dell'azione.

Chi intenta l'azione possessoria deve possedere legittimamente l'immobile, o il diritto reale, o la universalità dei mobili da oltre un anno (articolo 694 del Codice civile), e che cosa sia possesso legittimo è spiegato nell'articolo 686. — Il denunziante può stabilire la sua azione così nel possesso materiale delle cose minacciate dalla nuova opera, che nel possesso giuridico, nella proprietà, o in altro diritto reale (1). È d'uopo stabilire l'estremo del possesso giuridico, eziandio non materiale, derivante dal concetto di proprietà per dare un significato legale *al possesso*, accennato in un inciso dell'articolo 698 e coordinarlo alle genuino fonti del diritto romano, onde scaturisce la disposizione del Codice. Non si può escludere la causa della proprietà e restrin-

(1) « Jus habet opus novum denunciandi qui aut *dominium aut servitutem habet* (Leg unica, Dig. de remission.). Juris nostri conservandi aut damni depellendi causa opus novum nunciare potest *is ad quem res pertinet* (L. 1, § pen. de nov. op. nuncial.). E noto che anche gl'interdetti contenevano o potevano contenere la causa della proprietà (L. 2, § 2, Dig. de interd.).

gere il rimedio della denunzia di nuova opera ai fatti di possesso senza farne una cosa monca, imperfetta e fuori di natura; il che è ritenuto da tutti quanti gl'interpreti del diritto moderno, e passa senza contestazione nella dottrina e nella giurisprudenza. Bisogna dunque prescindere dalla definizione del possesso che ci porge l'articolo 685. Del resto si deve avere un interesse per aver l'azione, il quale consiste o nel possesso materiale, nel qual caso conviene sia legittimo e annale, o in un diritto reale, nel qual caso non occorre il requisito del tempo e basta che risulti l'attualità del diritto.

Il carattere *del petitorio*, ossia della proprietà, è sempre quello che emerge di più nei giudizi di nuova opera, e che di più lo distingue dall'azione possessoria. Per solito è il proprietario che fa delle innovazioni nel proprio suolo o nei propri edifizi, e non coll'animo di nuocere al vicino. Il vicino può benissimo sentirsi gravato da questo fatto nel suo possesso materiale; e perciò sentire il bisogno di riparare sul nascere a tale pregiudizio. Ma non è infrequente che il vicino alleghi un altro diritto reale per limitare quello dell'altro proprietario. Se questo, per modo di esempio, apre delle finestre che estendono la veduta entro le case del vicino, o solleva un muro che impedisce la sua, o gli toglie aria, luce, potrà nascere questione di distanza, ma altresì di proprietà se opponga un proprio diritto di servitù; e tutto ciò si allontana grandemente dall'azione possessoria.

Un condomino (in comunione propria o *pro indiviso*) commette una novazione nella cosa comune, forse sedotto dal principio *quod commune est, meum est*. Ma è scritto — « Sabinus « ait in re communi neminem dominorum jure « facere quicquam potest invito altero, posse. « Unde manifestum est *prohibendi jus esse*. In « re enim pari potiorem causam esse prohi« bendi constat (L. 28, D. com. divid.). Si in « area communi ædificare velis, socius prohi« bendi jus habet (L. 27 eod.) ». E poco importa se piuttosto che *verbis* (la vera *nunciatio* nel senso primitivo della parola), in questo caso la inibizione si facesse *per jactum lapilli*, o *per prætorem*. Certo è che una tale questione, come si attiene alla *denuncia* e può formarne il subbietto, sfugge totalmente all'azione possessoria; e talmente se ne dilunga che, non esperimentato il rimedio della *nunciatio*, l'azione possessoria è inesperibile e si convien provvedere coll'azione *communi dividundo* (Leg. 11, D. de vi aut clam; Leg. 28, *communi divid.*) (1).

c) *Termine utile a sperimentare l'azione.*

Dopo un anno dalla inferità molestia cessa l'azione possessoria, e dopo un anno dal cominciamento della nuova opera cessa l'azione di denunzia, poichè dall'uno o dall'altro momento nasce la facoltà di agire a propria difesa. Nell'una e nell'altra contingenza l'azione si reputa abbandonata; il tempo è così limitato perchè amendue gl'istituti sono specialità che mirano a reintegrare con temperamenti provvisorii certe situazioni giuridiche alterate dall'arbitrio, rispettando nondimeno l'ordine generalmente statuito per l'esercizio definitivo dei diritti. È dell'indole di siffatti provvedimenti non restare lungamente in sospeso, e l'interpretare il silenzio come rinunzia.

Ma se questo è lato comune dell'azione possessoria e della nunciazione, benchè la natura dei fatti imponga un diverso punto di movenza, havvi ancora una diversità rimarchevole in ciò che all'azione possessoria è dato un intero anno: la nunciazione non ha più ragione d'esistenza, se l'opera è terminata; perchè ufficio di questo rimedio essendo la inibizione, la inibizione non saria più possibile.

d) *Materia di esame e di giudizio.*

Essendochè la *nunciatio* era atto di parte, tale atto del resto che la legge permetteva avesse effetto giuridico, fu logico l'editto dicendo: « hoc edicto promittitur ut, *sive jura*, « *sive injuria* opus fieret, per nunciationem « inhiberetur » (Leg. 1, § 1, de op. nov. nunciat.). La opposizione di un pretendente qualunque, nulla influiva nè sul proprio nè sull'altrui diritto; e non producendo che una sospensione momentanea, non era luogo a scrutare se con diritto o torto si facesse. Il denunciato doveva portarsi al pretore (2) (di ben altra autorità che il nostro), e si discuteva e decideva la importanza del diritto (3). Non erano così cincischiate, come oggidì, le

(1) Gl'interdetti conservatorii nella loro comprensione generale contenevano eziandio la difesa della proprietà: « Interdictum non tantum de possessione editur, vel quasi possessione, sed *et de proprietate* interdum et de quasi proprietate » (Cujacius, alla Leg. 2, § *Quondam*, de interd.).

(2) « Et post operis novi nunciationem committunt se litigatores prætoriæ jurisdictioni » (§ et post.). Ma il maggior interesse era del denunciato che subiva la inibizione.

(3) Vero è che il pretore poteva anche negare la esecuzione dell'opera, riserbando le ragioni di merito, che si trattavano separatamente (Leg. 19, de op. novi nunc.).

giurisdizioni; e il pretore non era stretto nei limiti di un giudizio preparatorio e provvisionale; la sua giurisdizione era intera. Non è dunque a domandare se in alcuna parte fosse limitato il suo esame.

Ma quantunque i provvedimenti del pretore, in miniatura, non siano che temporanei, non è però ch'egli non possa o non debba portare talvolta lo sguardo sopra questioni che appartengono al diritto, imperocchè a niun giudice è interdetto di vedere ed esaminare ciò che gli è necessario a sapere per rispondere convenientemente al proprio ufficio. Il pretore adunque osserverà i documenti; vedrà che ne risulti quanto alle pretese ragioni di proprietà: interroga testimoni o consulta periti, se ne senta il bisogno. Nè osta quel dire della legge — *presa sommaria cognizione del fatto* — quasichè debba astenersi da ogni esame del diritto. Più d'una volta il fatto resterà muto e senza espressione, e non dirà nulla al criterio del giudice. Nel caso di chi cominciasse ad alzare la sua fabbrica contro il qual fatto il vicino oppone la servitù *altius non tollendi*, che avrà imparato il giudice nella questione, s'egli si limiti a constatare l'alzamento della fabbrica? Sarà pur tenuto ad esaminare se il denunciante possegga titoli che diano appoggio al diritto di servitù che allega (1).

È chiaro che siffatte indagini e conclusioni sono straniere all'azione possessoria.

Il fatto della innovazione che perturbando lo stato del possesso risolve la questione del possessorio, non basta per quello di denuncia nel quale deve aversi in riflesso un *danno possibile* e un *danno ingiusto*; mentre se il danno che il vicino teme, fosse obbligato a tollerarlo, per certo non avrebbe diritto di prevenirlo. Ma della ingiustizia non si può far saggio senza un esame del diritto per quanto superficiale.

e) Decisione e provvedimenti del giudice.

1° Egli può negare *simpliciter* la inibizione, il che importa la facoltà di proseguire il lavoro; 2° può accordare *simpliciter* la inibizione; 3° può accordare la facoltà di proseguire il lavoro della cauzione; 4° può permettere di proseguire il lavoro, cautelando il risarcimento del danno (art. 698 del Codice civile, parte II); 5° può ordinare la demolizione dei lavori fatti in ispreto della decretata sospensione. Non può mai ordinare la distruzione di quelli fatti anteriormente al decreto inibitivo (2).

Simili pronunciazioni appartengono in un modo sì speciale al giudice della denuncia di nuova opera, che il giudice del possessorio non potrebbe, sotto qualsivoglia aspetto, farne ingredienti della propria sentenza, nè occorre dimostrarlo. Un'opera, un manufatto può eziandio turbare il possesso: una diga che va a conficcarsi nelle ripe, messa a traverso del canale ove defluiscono le acque che alimentano i miei mulini, turba in realtà il mio possesso; e terminato o no il lavoro, posso agire per la manutenzione se sia passato l'anno che consolida il detto mio possesso. Un tal lavoro che non mi pone soltanto in apprensione di un danno eventuale futuro, ma ne arreca uno presentaneo e verificato, è meglio colpito coll'azione possessoria, che ha maggiore attitudine per liberarmi dall'ostacolo. Il giudice del possessorio, senza oltrepassare la propria sfera, ne ordina la rimozione o demolizione (3).

Non solo la decisione negativa dell'opera è innocua al giudizio del diritto, ma innocua è pure la decisione che permette la prosecuzione del lavoro. Su questo punto non vi è sempre stata concordia di pareri, e il dubbio poteva nascere dal tenore della L. 19, D. de op. nov. nunc., nella quale si dice bensì — *integras legitimas actiones manere* — ma *denegata executione* — talchè accordata la esecuzione puramente e senza cauzione, poteva dubitarsi, nella indefinita competenza del pretore romano, se non fosse decisa completamente la questione del diritto. Ma dopo le dichiarazioni dell'art. 698 del Codice civile, e dell'art. 940 della procedura, pare che il dubbio non ci sia più. Infatti dal seggio pretoriale si passa senz'altro alla sede di merito in ragione della competenza, il che dimostra che ivi soltanto dovrà discutersi la questione formale di diritto, qualunque sia stato il rito osservato, o della citazione, o del semplice

(1) Secondo una opinione, se la servitù non è apparente, non si avrebbe diritto a denunciare opera nuova. Io non credo che una tale opinione sia giusta: non essendo nella denuncia indispensabile la prova del possesso materiale ed esteriore, potendo anche vestire natura patitoria. Valga l'esempio sopra indicato.

(2) « Adversus opera futura (la *nunciatio*), inducta est non adversus præterita; hoc est adversus ea quæ nondum facta sunt, ne fiant » (Ulpiano, Leg. 1, § de oper. nov.). Vedi l'ultimo comma dell'articolo 940 della procedura.

(3) Sembra da questo discorso che sia libera la scelta dell'azione. Più sotto spiegherò anche questo concetto.

ricorso. Lungi dall'approfondire, non dirò la questione del diritto, ma neppur quella del fatto (cognizione sommaria), il pretore non assume che una informazione, quale può aversi in breve spazio di tempo, da documenti forse incompleti, e persino in casi urgentissimi, senza contraddittorio. È insomma l'*apparenza*, si direbbe, il primo barlume del diritto, che gli vale a scorta in quella risoluzione poco meno che istantanea, che la legge d'altra parte circonda di savie cautele. Una naturale pendenza è verso la inibizione, se la novazione non sia fatta dal proprietario sul proprio suolo (1). Del resto la cauzione è uno dei temperamenti più usitati. Innanzi tutto la decisione del giudice, quantunque *appoggiata nel diritto*, non è *una decisione di diritto*, avendone raccolto quel solo che gli è bastato nella prudenza del suo consiglio a designare una posizione transitoria e impedire un disordine.

Sulla natura del rapporto rituale che un tale giudizio abbia con quello di merito, dirò fra breve; intanto ritengo le distinzioni che sono venuto enumerando fra la denuncia e l'azione possessoria, tanto rilevanti da non potersi più confondere l'indirizzo e l'ufficio di codesti istituti.

Ora accennerò succintamente alle loro affinità giuridiche.

Non dirò che le varie azioni comprese nell'articolo 82 trovano un nesso comune nella giurisdizione pretoriale, alla quale si subordinano qualunque sia il valore della causa. Ciò riguarda la loro esteriorità giudiziaria, tutte essendo del pari meritevoli di una semplice e pronta soluzione, ma a bene discernere ciascuna di codeste azioni, ha caratteri suoi propri, e basi anche distinte. Ma fra *le azioni possessorie* e le azioni di danno temuto o denuncia di nuova opera (num. 2° e 3° dell'art. 82) attinenze generali vi hanno, e di queste bisogna tener conto, per dedurne una conclusione più avanti.

Il fatto inquietante o spogliativo, l'opera che si viene erigendo o si è già crotta, o turbano di presente o sono per turbare in avvenire la estensione, utilità e sicurezza di un nostro possesso. Ancorchè il fatto abbia uno speciale carattere di stabilità e permanenza e da questo lato si presenti più pericoloso; ancorchè sia d'uopo talvolta di richiedere allo stato di diritto la norma per determinare un provvedimento che sia fondato in motivi ragionevoli, ad ogni modo il possesso materiale o pur anco giuridico, involto nella proprietà e in un diritto reale, è l'elemento costante di quest'azione. E invero chi non avesse nè realtà di possesso, nè attitudine per conseguirlo non avrebbe interesse nè motivo ad invocare la protezione della legge.

La causa adunque, che chiameremo prossima quanto alla possessoria, e remota quanto alla denuncia, comune ad amendue codeste azioni, è la garanzia e difesa di un possesso legittimo. Forse in questo concetto generale, e non perchè fossero traviati da una falsa opinione dell'antico *interdictum*, come altri disse, Merlin ed Henrion de Pensey giudicarono *essenzialmente possessoria* la denuncia di nuova opera, quantunque la sua formola e il suo esercizio abbia dei caratteri così distinti.

II.

Corso del giudizio pretoriale. — Se istruito il giudizio petitorio, la denuncia di nuova opera sia dedotta avanti il pretore, quale magistrato speciale, o avanti quello che si trova in possesso della causa di merito.

Il Codice di procedura civile italiano, sistemando il rito di questo giudizio, gli assegna una sede sua propria, nel supposto che non sia pendente altro giudizio che verso di quello abbia ragione di principale, e ne affida la cognizione al pretore locale.

La parte che domanda la inibizione ha facoltà di procedere o mediante citazione, o con semplice ricorso. Il ricorso può tradursi in citazione a udienza fissa, se così piaccia al pretore. O sulla sola istanza della parte provvede; dopo di che copia del ricorso e del decreto si notifica all'altra parte in un termine stabilito dallo stesso giudice, con citazione a comparire avanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia.

Negli altri casi (quando ha preceduto la citazione) il pretore, se è competente a pronunziare sul merito della controversia, la decide: se no, la rinvia davanti l'autorità giudiziaria competente.

La legge sotto l'impressione che simili giudizi abbiano più o meno un carattere d'urgenza, ma non potendo riconoscere *a priori* il grado dell'urgenza, attribuisce al giudice la podestà al tutto straordinaria di pronunciare anche senza sentire una delle parti; ma

(1) Allora s'inclina per la libertà.

accorre tosto al riparo colla notificazione obbligatoria e colla citazione, benchè non avanti lo stesso pretore, quando non fosse competente (per ragione di valore) a risolvere la questione di merito. Se la notificazione non seguisse nel termine imposto, io penso che il provvedimento, come legato a questa condizione, diverrebbe inefficace.

Quando la citazione ha avuto luogo, il pretore rinvia o no la cognizione del merito, secondo il valore, ma la misura da lui ordinata rimane, indipendentemente dalla introduzione del giudizio di merito.

E già il merito ha dovuto delibarsi, come osservai superiormente, per dare un colore di verità e di ragione allo stesso provvedimento d'urgenza.

Se la istanza è rigettata, il giudice non fa alcun rinvio; la parte sceglierà i suoi mezzi. Chi soccombe nella istanza d'inibizione, forse perchè non si tratta di un'opera *impresa*, come dice la legge, sul suolo, e allora si richiede il requisito del tempo (possesso annale): può giovarsi dell'azione di manutenzione, che in realtà è più estesa e capace. Perciò il passaggio dalla momentanea denuncia al possessorio di manutenzione è ammesso come a rimedio di maggior portata, al quale non si rinunzia *simpliciter* coll'esercizio di un altro rimedio più limitato negli effetti benchè più energico (1).

Ma *chi non ha promossa avanti il pretore la istanza d'inibizione, potrebbe farlo dopo la introduzione del petitorio avanti il tribunale?*

Qui comincia ad apparire il perchè della lunga diceria che abbiamo premessa sulla corrispondenza di una causa possessoria fra i due istituti. « Chi ha istituito il giudizio pe« titorio non può più promuovere il possesso« rio » (art. 443 della procedura): ma potrà chiedere la inibizione, denunciando la nuova opera? Segue l'articolo 444. « Dopo istituito « il giudizio petitorio *ogni reclamo relativo al* « *possesso per fatti posteriori* è deferito al« l'autorità giudiziaria davanti cui pende il « giudizio ».

Onde la denuncia di nuova opera potesse aver luogo in questa categoria di fatti giuridici bisognava pure in essa ricercare l'elemento possessorio. L'art. 444 specialmente ha saputo scegliere una forma di relazione che in una legge generale si ravvisa assai opportuna — *ogni reclamo relativo al possessorio.* — Non può negarsi che la denuncia di nuova opera, in senso lato, *non sia un reclamo relativo al possessorio.* Il concetto spicca di più messo in opposizione col petitorio vero e proprio in cui la risoluzione formale e definitiva del diritto è proposta. Ne consegnita che la denuncia si ritiene abbandonata, almeno come istituto *sui generis*, formulato nella legge di rito, promosso che sia *il giudizio petitorio.*

Al giudice del petitorio sarebbe pertanto deferita la competenza del *reclamo*, eccettuato il caso di *attentato violento* o *clandestino* la cui istantanea decisione rimane nell'autorità pretoria.

Non posso dissimulare la contraria opinione di un giureconsulto stimabilissimo, il quale scrisse: « Non mai per la denunzia di nuova « opera si avvera quello che abbiamo notato « accadere *per le azioni possessorie*, cioè che « dopo istituito il giudizio petitorio, esse deb« bono proporsi avanti il tribunale ov'è quello « trattato, perocchè non dice questo la legge « della denuncia di nuova opera; nè può sti« marsi che l'abbia detto quando ha ciò sta« tuito per le azioni possessorie, *non essendo* « *la denunzia di nuova opera un'azione pos*« *sessoria* » (2). Ho già anticipata la risposta quanto all'indole generale dell'azione.

Eccitata e messa in atto da competente istanza la giurisdizione ordinaria, essa attrae nella propria orbita le questioni secondarie, che avendo un rapporto immediato colla principale, vi sono già virtualmente contenute. Ciò esigono *l'ordine, la economia* e *la ragione logica* dei giudizi. L'*ordine*, affinchè tolta al magistrato della cognizione principale quella degl'incidenti, non debba il superiore aspettare e ricevere dal pari o inferiore qualche decisione interessante il suo medesimo giudizio. La *economia*, per non moltiplicare le liti. La *ragion logica*, mentre il magistrato investito del merito può comprendere assai meglio nel suo ragionamento le condizioni di una questione subalterna di quello che possa farlo un altro giudice a cui tale questione è portata separatamente. Ed è facile il dimostrarlo. Se mentre si disputa e sta *sub judice* la questione della proprietà, uno dei litiganti, impaziente dell'indugio, comincia a fabbricare sul suolo che pretende suo, il pretore, che deve pure occuparsi *taliter qualiter* della pertinenza della proprietà, ignorando lo stato della lite pen-

(1) « Nam si quid operis factum fuerit quod fieri non debuit, cessat edictum de op. nov. nunciatione, et erit transeundum ad interdictum quod vi aut clam » (L. 1, § hoc autem, Dig. de op. nov. nunc.).

(2) *Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. I, pag. 289.

dente, può discendere in qualche risoluzione poco armonizzante con quello, laddove il magistrato del merito ha la sua via tracciata e sa quello che meglio conviene.

Altri dirà che quel motivo di prontezza e facilità per cui certi fatti di maggior urgenza si portano al giudice locale, esiste ancora. Nè lo voglio negarlo, ma preponderano per certo i motivi addotti in contrario; in concreto poi si può osservare che il magistrato, già in possesso della causa principale, informato com'è, potrà provvedere con pari o forse maggior sollecitudine, oltrechè colui che sente l'offesa, potrà averne una protezione più sicura: per l'una e per l'altra parte il pronunciato avrà maggior stabilità, mentre quello transitorio del giudice inferiore potrà variare e disperdersi nella decisione del merito.

A confermare la tesi che le questioni della denuncia di nuova opera, che si manifestano nel corso della causa, si portano come incidenti nel giudizio di merito, conferisce eziandio la limitazione recataci nella seconda parte dell'articolo 444, che lascia al pretore di giudicare della reintegrazione, *quando si tratti di attentato violento e clandestino*. La legge ha fatta questa sola limitazione, nè quindi altra limitazione vi si potrebbe aggiungere. Cotali attentati, come fatti per sè delittuosi, non hanno il menomo rapporto colla disputa di diritto; devono essere repressi immediatamente, inesorabilmente; e la cognizione giuridica non influisce sul temperamento da prendersi.

Aggiungiamo per ultimo il disposto del secondo periodo dell'art. 938 ripetendolo: « Se « penda tra le parti un giudizio *che abbia connessione coll'oggetto della denuncia*, questa « si deve proporre in via d'incidente nel giu« dizio medesimo ». Questo testo dovrebbe togliere di mezzo ogni difficoltà teorica, salvo di rilevare nell'atto pratico la corrispondenza dei giudizi. Noi abbiamo posta in ipotesi la pendenza di un giudizio di proprietà o di possesso plenario, ed una stretta attinenza logica che con quello possa avere il fatto della nuova opera.

Soltanto *i fatti posteriori* alla introduzione del giudizio petitorio rientrano nella cognizione del magistrato di merito. Notevole cangiamento all'articolo 132 del Codice sardo del 1859.

Questo è il solo disposto che corrisponde ai principii stabiliti dal nostro, onde viene spontaneo il dilemma: o il giudizio possessorio si è introdotto (per fatti anteriori), e deve esaurirsi prima di convolare al petitorio (art. 443 e 445); o non si è introdotto, e non è più lecito introdurlo, neppure mascherato sotto la forma di un incidente di altro giudizio.

All'aprirsi dunque del petitorio, abbiamo uno stato di fatto che le parti contendenti devono rispettare. Chi possiede e non soffre molestie, non assume d'ordinario un giudizio petitorio per ottenere in una dichiarazione di diritto una maggior sicurezza. Ma chi soffre molestie, specialmente se non solo inquietanti ma eziandio espulsive, se non si difende in giudizio di manutenzione, perchè non possa difendersi o perchè il suo possesso non è legale, o perchè il possessorio non possa disgregarsi dalla trattazione del diritto, egli dovrà, come unica via di salute, ricorrere al petitorio. Quando egli riesca a dare un certo fondamento al diritto di proprietà che allega, sarà in forza per tentare un incidente di sequestro giudiziario, o per ottenere qualche altra misura atta a vincolare il possesso che ha dovuto abbandonare al suo avversario; ma ciò non sarà mai riassumere *i fatti anteriori* per vendicarli sott'altra forma, col mezzo di un incidente. *È una nuova posizione giuridica*, direi quasi un nuovo orizzonte che si discopre nello svolgimento del giudizio petitorio. Qualunque sia l'origine del possesso che il convenuto continua a ritenere di fronte ad una istanza rivendicatoria, quand'anche il modo del suo possesso possa influire sulla deliberazione, non sarà mai dei *fatti anteriori*, ossia da uno stato di fatto preesistente che il giudizio si desume, come io diceva, dalle dimostrazioni favorevoli che l'attore ha potuto esibire del proprio diritto.

E così sotto nome *di fatti posteriori* la legge non intende punto i mezzi giuridici che una delle parti viene attuando per ottenere una posizione vantaggiosa nel corso stesso del giudizio, ma quei fatti piuttosto che nascono fuori del giudizio imputabili a taluno dei contendenti. Per conservare il possesso del convenuto contro gli arbitrii dell'attore, non si ricorre più al seggio pretoriale, al giudice del possessorio, essendo ogni facoltà compenetrata nella giurisdizione del petitorio. Al convenuto non fa mestieri provare il possesso annale, nè gli altri requisiti della legalità; egli possiede *ex confessis* dell'attore, perchè l'attore si batte nel giudizio petitorio e propugna la rivendicazione; niun litigante può alterare quello stato di possesso, ma per esser mantenuto nel suo possesso di fatto *lite pendente*, il convenuto non è sottoposto a tutte quelle giustificazioni e a provare tutte le condizioni giuridiche stabilite per lo giudizio possessorio

di manutenzione, che ha dei caratteri suoi propri, non essendo che una limitazione indotta per ragione di utilità alla giurisdizione ordinaria.

In questo medesimo ordine d'idee noi versiamo, parlando della denuncia di nuova opera. O il giudice non ha impartito alcun provvedimento, tutto il campo del diritto e del fatto è aperto al petitorio. O i provvedimenti che ha presi stanno finchè il giudizio sia maturo per altre risoluzioni. I *fatti anteriori* sono quindi rispettati. Se ad una delle parti piaccia di fare innovazioni sulla materia, oggetto della contesa, il giudice del petitorio è là per sopprimerla immediatamente, perchè i *fatti posteriori* sono nel suo potere.

III.

Dell'appellabilità delle sentenze pronunziate nei giudizi di nuova opera.

Si è detto ch'egli è un rimedio straordinario, ed io convengo perfettamente, esorbitando dall'ordine generale dei giudizi. Tuttavia essendo esso pure un giudizio, e di non lieve importanza, non possiamo ammettere eccezioni se non dove siano dichiarate dalla legge.

Il pretore pronuncia una vera sentenza e decide la questione che gli è sottoposta, allora solo che si proceda per via di citazione. Quantunque il pretore, quando sia d'uopo, conosca del diritto al solo fine di accordare o negare la inibizione e la sua risoluzione non influisca sul giudizio di merito, ciò nondimeno essa ha l'effetto di determinare uno stato di fatto, che potrebbe anche durare lungo tempo se grave e complicata fosse la questione di merito. *È una sentenza nel genere suo definitiva*, sussistente per se stesso, e con effetti propri della sua natura, e non un incidente del giudizio di merito, come altri ha detto; o almeno ciò non potrebbe dirsi se non in un senso talmente lato che sarebbe improprio, mentre la procedura non conosce incidenti di giudizi non ancora cominciati. Anzi il giudizio di merito potrebbe non aver mai cominciamento se, ad esempio, malgrado il pretore abbia rinviato *all'autorità competente* pel giudizio di merito, la parte inibita si rassegnasse abbandonando il lavoro. Tali sentenze sono appellabili, non essendovi ragione per escluderle dalla vasta comprensione dell'art. 481. — *L'appellazione è ammessa da tutte le sentenze pronunziate in prima istanza* (1).

Ma se il giudice pronuncia sul ricorso, senza citazione e senza contraddittorio, allora è verissimo insegnamento *che il primo grado di giurisdizione non è esaurito*, e infatti il pretore non pronuncia che un *decreto* (art. 940): quel provvedimento cioè che con tal nome è distinto dall'art. 50. Un *decreto* non ha mai dignità di sentenza, nè la virtù e il grado, mancando del suo sostrato sostanziale, la citazione e la facoltà della difesa. Giudizio non è ancora formato, e comincia dal merito, ordinando il pretore *la citazione a comparire avanti l'autorità giudiziaria competente a pronunziare sulla controversia*. Per ciò una risoluzione in forma di semplice decreto non è appellabile, ma il magistrato del merito può riformarla, come può dal collegio riformarsi la pronuncia incidentale del presidente. E in tal caso quella del pretore può benissimo aver carattere d'incidente, quasi il capo del tribunale (talvolta lo stesso pretore) abbia in un momento di somma urgenza provveduto, si direbbe, per ispirazione, a un male irreparabile, coll'animo di rimettersene ad una deliberazione più matura, sentite le parti (2). Non è che in ogni altro caso il magistrato del merito non possa variare, come già si disse, in pendenza di lite, lo stato del possesso; ma la sentenza pretoriale pronunciata nel contraddittorio e con miglior cognizione di causa, avrà sempre un valore, una efficacia superiore a quella di un semplice decreto. Deve rispettarsi una condizione regolarmente acquistata; tanto più se il provvedimento si mostri saviamente ordinato e garantito con opportune cautele. Difficilmente e non senza lo sviluppo di nuove e imponenti circostanze si vorrà cam-

(1) Giova qui riportare un passo di Teoploso (*Del possesso*, num. 318: « Dalle osservazioni fatte si scorge come troppo assoluta sia la teoria di Carré, il quale vuole che la opposizione a novella opera non si faccia mai che per incidente ad un'azione principale. Egli è chiaro che quello che Carré chiama l'incidente, è qui il principale. Quello che io domando primieramente si è la cessazione dei lavori, e ciò chieggo come possessore annale. (Il che però non è esatto). Ordinando la interruzione dell'opera incominciata, il giudice di pace renderà giustizia alla mia domanda principale, alla sola domanda che io gli rivolgo, alla sola che ho interesse di rivolgergli, essendochè niun danno io abbia per anco sofferto ».

(2) Che la ingiunzione del pretore tenga in questo caso della natura *del sequestro giudiziario*, parmi che bene sia stato osservato.

biata questa posizione sino all'esito definitivo del giudizio (1).

Queste cose non nuove per me, dopo quello che scrissi agli articoli 938 e seguenti, nè per gli altri che hanno profondamente meditato sopra questa fra le più difficili materie della procedura, mi piacque aggiungere, eccitato da nuovi giudizi emessi da uomini competenti, ma che mi fecero desiderare una esposizione più completa.

---

(1) Alcune decisioni sulla materia.

Una sentenza della cassazione di Napoli (31 gennaio 1865, Bettini-Giuriati, parte. I, pag. 82) in relazione all'articolo 129 del Codice di procedura civile napoletano allora vigente, disse che la nunciazione di nuova opera non può aver luogo se l'opera è compita; e deve passarsi al petitorio.

Ove poi in pendenza dell'appello si eseguissero opere ulteriori, non appartiene al giudice d'appello il conoscerne, dacchè *sarebbe istanza nuova.*

Avverto: ciò che forse potrebb'esser buono in un giudizio d'appello, non lo sarebbe in ordine a un giudizio petitorio istituito *ex novo.*

Ma un'altra sentenza della corte suprema di Napoli del 17 gennaio 1867 (Bettini-Giuriati, part. I, pag. 36) decide, che se pendente l'appello una nuova opera si venga formando (trattavasi di una porta aperta in un edifizio), il tribunale d'appello deve provvedere sopra domanda incidentale; e noto con soddisfazione questa massima — *non fu mai vietato la cumulazione dell'editto* (de nov. op. nunciat.) *con gl'interdetti possessorii*, molto più quando la turbativa avvenne nelle mura del giudizio. — E più avanti con pari senno: — E tornerebbe assai pregiudizievole e dispendioso per la giustizia il rinviare le parti a diversi tribunali ed a giudizi d'indole svariata per un fatto solo. —

Ciò può anche rispondere al proposito della sentenza precedente, *sulla istanza nuova in appello.* — Non è istanza nuova nel senso dell'articolo 490 quella che è necessitato dal fatto dell'avversario che in pendenza di un giudizio di appello fa delle innovazioni. — La regola contraria condurrebbe agli assurdi.

Inoltre la corte suprema di Napoli, in sentenza del 16 novembre 1867 (Bettini-Giuriati, part. I, pag. 687) stabiliva — che il pretore stesso può rivocare il *decreto* col quale ordinò la sospensione dei lavori — e che non può ordinare la riduzione in pristino delle opere antecedenti alla inibizione. —

La novità che altri faccia sul proprio fondo, non innocua al vicino, non è colpita dalla ingiunzione del giudice (cassazione di Napoli, 4 giugno 1868, Bettini-Giuriati, part. I, pag. 657).

Se l'opera è in parte compiuta e in parte no, è ammissibile il procedimento di nunciazione sulla parte incompiuta (cassaz. di Napoli, 9 magg. 1868, Bettini-Giuriati, part. I, pag. 469).

Nella nunciazione non tanto deve aversi riguardo al danno temuto o verificato, ma altresì se l'opera proceda *jure vel injuria* (corte sudd., 1° ag. 1868, Bettini-Giuriati, part. I, pag. 805).

Quando una lite è vertente sulla proprietà, *la denuncia di nuova opera deve proporsi in quel giudizio come incidente*, sentite le parti (corte di Casale, 28 agosto 1868, Bettini-Giuriati, II, p. 273).

La denuncia di nuova opera non è annoverata fra le azioni possessorie. (La decisione parlò dell'organismo giudiziario, come per noi abbiamo ritenuto) — o la denuncia sia stata esperimentata od omessa, è sempre lecito lo esperimento legittimo di ogni altra azione o possessoria o petitoria (cassazione di Firenze, 15 marzo 1869, Bettini-Giuriati, part. I, pag. 969).

È da rigettarsi un'azione che si rileva essere una denuncia di nuova opera, quando o si proponga dopo l'anno dal cominciamento dell'opera, o dacchè l'opera è terminata (sentenza 15 febbraio 1869 della corte di cassazione di Torino, *Monitore dei Tribunali*, 1869, pag. 300).

Qui debbo osservare, che l'epigrafe preposta a quella decisione potrebbe condurre in errore, mentre la corte non disse che *invade la sfera del petitorio* il giudice che chiamato a conoscere *della denuncia di nuova opera* pronuncia su titoli di diritto; errore che la corte non disse, ma applicò la massima al giudizio *di vera manutenzione in possesso*, dato che di quella si trattasse e *non di denuncia di nuova opera;* tesi che aveva già esaminata condannando la sentenza del tribunale per altre ragioni.

TITOLO XII.

DELLA ESECUZIONE DEGLI ATTI DELLE AUTORITÀ STRANIERE.

Articolo 941.

La forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere è data dalla corte d'appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, premesso un giudizio di delibazione in cui la corte esamina:

1° Se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente;

2° Se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti;

3° Se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci;

4° Se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno.

Annotazioni.

1. *Dei diritti autonomi dello Stato quanto all'accettazione delle leggi straniere, ed alla esecuzione dei giudicati stranieri.*

Lo Stato accetta, generalmente parlando, le leggi dello straniero e le applica in quanto hanno influenza sulla condizione giuridica delle persone o sui loro civili rapporti; ma non accetta senza esame gli atti dell'autorità straniera, il cui carattere è quello d'imporsi alla volontà individuale per costringerla anche col mezzo della forza a prestarvi obbedienza. Onde mai questa differenza? Se si parte dal principio che ogni sovranità è limitata dal proprio territorio, e non estende oltre quello la potenza dei suoi civili ordinamenti, perchè giudichiamo noi, ove d'uopo, colla legge straniera che preferiamo alla nostra, mentre quando si tratta di giudicati o di atti esecutivi vogliamo prima vedere, e senza il placito nostro non hanno effetto?

Si potrà rispondere che le leggi straniere ottengono autorità dallo Stato in quanto la nostra stessa legge ne permette l'applicazione (articoli 6, 8 e 9 delle disposizioni preliminari del Codice civile). Ma la risposta non appaga. Perchè, prescindendo da ciò che la legge civile non enumera fuorchè alcune delle cause di applicazione della legge straniera, è indubitato che nella giurisprudenza di tutti i popoli civili venne ritenuto che in fatto di capacità personale, e rispetto alla forma degli atti, e dove le obbligazioni contrattuali s'incontrarono sotto l'impero di altre leggi, dovessero quelle osservarsi come costituenti il gius delle parti; solo in ordine alle successioni il principio autonomo nazionale oppose maggior resistenza (1). Al contrario, i giudicati stranieri si consideravano non esistenti a danno del nazionale o del suddito di altro Stato, e non obbligatorii nello Stato medesimo, salvi i trattati politici.

Vi è nella natura delle cose una forza invincibile che si subisce quasi senza darcene conto e perchè sentiamo che così dev'essere. Per quanto altamente si professi l'esclusivismo delle leggi nazionali e si rigettino, quasi spuria importazione, quelle dello straniero, è impossibile attribuire alle leggi nazionali quella onnipotenza che non possono avere. Così, per dirne una, alcuni fra i governi ristaurati in Italia dopo il 1814 proseguivano dell'odio il più cordiale le leggi francesi che ben tosto abolirono; ma dovettero accettarle per tutti i fatti avvenuti anteriormente sotto l'impero di esse, eziandio a vantaggio di qualche straniero e a pregiudizio dei soggetti. E questa necessità dei fatti compiuti si fece sentire non minore, quando in pieno esercizio della propria

(1) Oggi però questo principio liberale solennemente trionfa nell'art. 8 delle prefate disposizioni.

autorità, quei governi erano condotti a dovere giuridicamente conoscere dalla capacità personale dello straniero che reclamava i propri diritti contro un suddito dello Stato il quale sosteneva, per esempio, che nel proprio Stato trovandosi ancora minore dopo gli anni ventuno, benchè fosse quella la misura dell'età maggiore nello Stato nostro, dovevasi perciò ritenere inefficace e nulla la obbligazione da lui contratta. E così dicasi in altri casi nei quali si scorge evidentemente che le nostre leggi sono razionalmente impotenti a deciderli, o perchè allora non esistevano, o perchè, esistenti, erano ignorate e non accettate dai contraenti, o perchè la condizione giuridica della persona si sviluppò in un'atmosfera nella quale i nostri principii giuridici e politici non avevano la menoma influenza. Poichè adunque è impossibile, senza un egoismo degno di barbari, di trarre tutto il mondo al nostro centro; e poichè a non volere informarci che ai nostri modelli, non si potrebbe fare una giustizia che ne meritasse il nome, ne segue che lo studio e l'applicazione della legge straniera è una legge della ragione che gli Stati civili accettano, meno per mutua osservanza delle rispettive autonomie, che per debito sacro e irrecusabile di giustizia.

Ma perchè non accettiamo colla stessa facilità e collo stesso sentimento di giustizia i giudicati dell'autorità straniera come accettiamo, generalmente parlando (1), le leggi del loro Stato? Due grandi poteri esistono e si esercitano negli Stati civili; quello di promulgare le leggi, quello di render giustizia applicandole ai fatti giuridici. Noi guardiamo codesti poteri e la loro efficacia sotto diversissimo aspetto. Riconosciamo il potere legislativo, come altri riconosce il nostro; *ma ci riserbiamo l'esercizio effettivo della sovranità nel nostro Stato;* il quale esercizio della nostra sovranità si manifesta eziandio nel momento in cui spontaneamente e ragionevolmente accettiamo le legislazioni straniere e ne facciamo convenevole ragguaglio. I giudicati invece, improntati dell'autorità sovrana del paese da cui emanano, *ci verrebbero imposti, e noi dovremmo subirli.* Applicare spontaneamente le altrui leggi, come or ora dissi, è atto della nostra autonomia; ma se lo Stato accetta senza esame il giudicato straniero, è obbligato a crederlo e ritenerlo giusto, legittimo, innocuo a se stesso, ponendosi in una condizione totalmente passiva.

In ordine ad un giudicato straniero il problema da sciogliere è sempre: *se debba avere o no esecuzione nello Stato;* il che equivale al dire, se lo Stato debba consacrare colla propria autorità una decisione che potrà colpire il cittadino nei beni o nella persona per costringerlo ad obbedirvi. L'efficienza pratica e reale che ne deriva, mostra sempre più quanto questo assunto giuridico sia diverso da quello che concerne l'accettazione della legge straniera fatta dai tribunali dello Stato per definire rapporti di diritti influiti da quella legge; ed essendosi presentato non ha guari (quando io scriveva) alla cassazione torinese una specie nella quale assai bene si ravvisa questa differenza, mi sia permesso di rammentarla.

Tizio fu dichiarato in istato di fallimento da un tribunale di commercio della Toscana, prima della unione delle provincie italiane. Dopo questa pronunzia Tizio vende a Caio un fondo ch'egli aveva molti anni innanzi impegnato con ipoteca, il qual fondo era situato nella dizione pontificia. Questione di nullità, sostenendosi dai creditori del fallimento che Tizio, nella sua condizione di fallito, privato dell'amministrazione dei suoi beni, non poteva alienare. Tizio sosteneva non essere opponibile una sentenza che non era mai stata resa esecutoria dai tribunali pontifici. Rispondevano i contrari, che la sentenza di fallimento costituisce uno stato d'incapacità che si rispetta anche dalle legislazioni straniere, non potendo uno esser fallito in un luogo e non fallito in un altro; risposta ch'ebbe l'autorevole appoggio di uno dei più chiari rappresentanti del pubblico ministero; circostanza che basta a provare quanto la controversia fosse grave. Con tale sistema il difetto allegato non aveva nella fattispecie veruna influenza. La corte suprema decise che, non essendo stata resa esecutoria la sentenza nello Stato pontificio, Tizio, rapporto ai beni che ivi possedeva, era rimasto nella pienezza dei suoi diritti (2).

La incapacità che è creata dalla legge del paese a cui la persona appartiene, è molto diversa, quanto alla sua ubiquità, da quella che consegue da una decisione dell'autorità giudiziaria. Non è questa *la incapacità naturale* (secondo le proprie leggi) che modifica così essenzialmente la personalità, che in qualunque paese se ne voglia giudicare deve ritenersi tale. La incapacità civile che deriva da una sentenza è il prodotto del criterio e della ragione dei giudicanti, e in tanto esiste

(1) Ripeto questa clausola per una ragione che si vedrà più avanti.

(2) Sentenza 13 aprile 1867, ricorso Graziani-Valentini (cassazione di Torino).

in quanto quella sentenza esiste; e non esiste negli Stati che quella sentenza non approvarono.

2. **Precedenti storici.** — Se il giudicato straniero colpiva un suddito in favore di uno straniero, non aveva effetto e doveva assoggettarsi a la revisione dei tribunali nazionali; se invece il giudicato, quantunque fosse per eseguirsi in paese, non era pronunciato contro il nazionale, ma contro lo straniero o fra stranieri, o non portava che la condanna dello straniero, si riteneva eseguibile con un semplice *pareatis*, ordine materiale, non accompagnato da esame. Tal costume era in Francia prima e dopo la ordinanza del 1629. La giurisprudenza, col progredire, si venne accordando nel punto di passare a revisione tutte quante le sentenze proferite all'estero; solo intorno alla quantità, per così esprimermi, della revisione, se cioè si dovesse fare totale e nel merito e nella forma riguardo allo straniero, come facevasi riguardo al nazionale; ovvero quando la sentenza non fosse gravante che al suddito estero, la revisione dovesse limitarsi alle forme dell'atto senza studio dell'intrinseco, fortemente si disputava; di che basterà vedere il Dalloz (*Répertoire des droits civils*, n° 417 e seg., o *Jugement*, n¹ 403 e 404).

La questione comprendeva un problema elevato, poichè rivedendosi interamente la sentenza per riconoscerne la regolarità e la giustizia, trattandosi di un cittadino, lo Stato esercita un diritto di protezione ragionevole e incontestato; tanto più accettabile quanto, potendo il governo d'ogni paese farlo valere a tutela dei propri cittadini, verrebbe per tacito consenso dei popoli a stabilirsi che le rispettive decisioni giudiziarie non hanno un valore assoluto che sopra i sudditi dello Stato, e nei limiti del territorio. Ma potrebbe forse il potere esecutivo di uno Stato sindacare la giustizia delle sentenze proferite all'estero contro sudditi d'altri Stati, solo perchè tali sentenze dovessero aver seguito, e diciamo pure, esecuzione reale nel suo territorio? Una tale ingerenza non sarebbe arrogante e lesiva della indipendenza delle altre nazioni? Tal era il dubbio che travagliò lungamente i pubblicisti francesi; nondimeno prevalse l'idea *della revisione completa* quando vi fosse interessato un francese, sebbene la sentenza fosse a lui favorevole.

In Italia le legislazioni posteriori alla dominazione francese hanno tenuto vie diverse. Esistendo trattati politici, a questi si riferivano. Nelle Due Sicilie la giurisprudenza fu molto oscillante, ma da ultimo erano stati adottati i veri principii; il che può vedersi in alcune magistrali decisioni di quella corte suprema portate per disteso nel Commentario del Codice sardo del 1854 (vol. V, part. I, pag. 109 e seg.). In Toscana le sentenze estere non avevano forza di cosa giudicata, ed erano soggette a revisione anche di merito; si rispettavano quali documenti autorevoli che avevano la presunzione della rettitudine e della giustizia, e chi sosteneva il contrario doveva provarlo; dal caso in fuori che la sentenza fosse stata pronunciata in contumacia (*Annali di giurisprudenza*, vol. II, part. II, pag. 1017; vol. III, part. II, p. 10; vol. VI, part. II, p. 416; vol. X, part. II, pag. 7, ecc.). Presso a poco questa giurisprudenza era tenuta in Modena. La materia delle esecuzioni delle sentenze estere era stata assai bene e civilmente ordinata nello Stato pontificio dalla notificazione dell'11 marzo 1820.

Le RR. Costituzioni del Piemonte ponevano fondamento nella reciprocità (§ 12, cap. IV, tit XXII, lib. V). Il R. editto 16 luglio 1822, in materia ipotecaria, dichiarò che i giudicati esteri non avrebbero efficacia se non sostenuti da convenzione politica fra i due paesi. Ciò era letteralmente ripetuto nell'art. 2181 del Codice civile albertino. Ma rispetto ai giu« dicati proferiti in paese estero si osserverà « ciò che si pratica nel paese medesimo ri« spetto a quelli dei tribunali regi, senza pre« giudizio delle regole e degli usi relativi alla « loro esecuzione ».

Poco c'importa conoscere quali fossero le pratiche allora in uso, abbastanza semplici per chi era naturato a siffatte consuetudini; ma quando entrò negli animi, già volti rapidamente al progresso in queste regioni subalpine, l'idea di una radicale riforma degli ordini della procedura, si pensò seriamente a questa parte gravissima della legislazione.

Vi furono delle belle discussioni, in senato specialmente; si fece anche qualche passo avanti; ciò che mancava era l'adeguato concetto di diritto pubblico che si dovea seguire; la redazione rimase incompleta per incompletezza d'idee.

L'art. 662 del Codice di procedura del 1854 raccolse quanto fu creduto doversi adottare in questo rapporto. Sia permesso indicarne i difetti, perchè per essi si mette in rilievo la bontà delle leggi posteriori.

Il principale difetto era certamente quello di non determinare l'oggetto specifico della revisione e quindi di non determinare i confini della revisione medesima; e se ne inferiva logicamente che si potesse o dovesse applicare

un esame di fondo ognivolta che le parti o il pubblico ministero rimettessero in problema tutta la causa.

Altro difetto che teneva alla parte razionale o filosofica, se così vuol dirsi, del sistema, era quello di non far comprendere in verun modo ciò che non era difatti bene avvisato nella mente degl'istruttori, inteudo lo scopo ideale della revisione o delibazione, consistente nel mantenere quelle guarentigie d'ordine e di giustizia che non sono di veruna sentenza in particolare, ma rappresentano dei principii pei quali si governa la vita civile dei popoli. La grettezza francese della individualità nazionale o non nazionale appare ancora in quella posizione privilegiata che si fa al *regnicolo* per riguardo al quale è interpellato ed emette voto il pubblico ministero (citato articolo 662).

E difetto e imbarazzo non lieve era la chiusa di quell'articolo, quell'*eccettochè sia diversamente stabilito nei trattati politici*, che imponeva indagini difficili, e non aveva neppure un senso ben definito; e quella ultima limitazione che si fu costretti di fare in materia d'ipoteche ad omaggio degli articoli 2181 e 2188 del Codice civile albertino. Tutti questi difetti disparvero colla legge giudiziaria del 1859, tanto in sì breve giro d'anni le idee avevano progredito! (1).

3. *Esame specifico dell'articolo* 941.

a) Competenza.

Coi primi tre numeri lo Stato vuole assicurarsi che esiste una vera sentenza; una sentenza che ne merita il nome, nel rispetto della giustizia generale, di quella giustizia che è di tutti i popoli e di tutti i tempi. Prima condizione della quale è che la condanna sia legittimamente pronunziata, cioè *da autorità giudiziaria competente secondo le leggi del paese*, che supponiamo un paese regolato da leggi di cui non sia per vergognarsi un popolo civile.

Noi sappiamo che il concetto della competenza si osserva sotto due aspetti, *generale* e *speciale*. Generale diciamo l'abito o podestà di sedere *pro tribunali*, di proferire sentenze, abito e podestà di magistrato giudiziario sancito e consacrato dal potere sovrano dello Stato, e questo noi dobbiamo primamente indagare, occorrendo anche per le vie diplomatiche, e conoscere. Viene in secondo la competenza *speciale* o relativa alla causa di cui si tratta.

È forse la competenza del tribunale straniero di cui dobbiamo restar capaci, o *piuttosto quella che si determina per le nostre medesime leggi?*

Io sono convinto che la competenza speciale è bensì una delle indagini del giudizio di delibazione; ma essa, almeno generalmente parlando, deve osservarsi in relazione *alle leggi del paese in cui la sentenza fu proferita.* Quanto allo straniero, la cosa sarebbe fuori di ogni dubbio. Donde mai si potrebbe dedurre che il francese, per essere regolarmente giudicato, doveva esserlo secondo le norme di competenza dell'ordinamento italiano? Ma sarà forse altrimenti rispetto al cittadino italiano? Egli firmò in Vienna una obbligazione che lo sottopose alla giurisdizione di quei tribunali. Ivi fu citato e condannato. Il viennese avrebbe anche potuto citarlo avanti i tribunali italiani in ragione di domicilio; ma s'egli preferì il fòro del contratto, era nel suo diritto. Vorranno o potranno i nostri tribunali negare quella competenza? Non sarebbe lo stesso che negare all'austriaco il diritto che aveva, e sconoscere la competenza alla quale l'italiano si era assoggettato firmando quella obbligazione? È in questo modo che si deve intendere la mutua corrispondenza della giustizia degli Stati civili?

Ho dato il mio giudizio, qual ch'egli sia; ma farei troppo a fidanza coi dotti miei lettori se io abbandonassi la mia argomentazione a questo punto. In effetto vi sono delle difficoltà a superare e delle distinzioni a fare troppo necessarie (2).

Per riuscire più chiari, da buoni italiani, osserviamo le cose dal nostro punto di vista.

Noi non abbiamo stimato di mancare a quei

(1) Fra Sardegna e Francia esisteva il trattato del 24 marzo 1760, che un secolo dopo riceve *spiegazioni*, così chiamate, quali la nuova civiltà giudiziaria desiderava in conformità colla nostra legislazione del 1859 (11 settembre 1860).

(2) « C'est pourquoi (a non distrarre i sudditi de « la jurisdiction de son souverain) les lois de plu- « sieurs États en exigéant, comme condition à la « exécution d'un jugement étranger, que le tribunal « qui l'a prononcé ait été compétent, *n'appréciant* « *pas cette compétence suivant la loi et la jurispru-* « *dence de lieu où le jugement ait été rendu*, *mais* « *suivant celles de lieu d'exécution* » (Félix, n. 321, nota 3). Anche quando trattasi di esecuzione di sentenza contro uno straniero va *estimata* (la competenza) *colle leggi del nostro territorio indipendentemente da quello ove il giudicato fu proferito* (*Commentario al Codice sardo*, vol. v, part. 1, num. 226). Ho trascritto queste parole perchè non si dica che io combatto un'opinione che non è seria.

principii di libertà generale che vantiamo, facendoci centro di competenza per gli stranieri: *a*) se nel territorio nostro esiste la materia che forma l'oggetto dell'azione che si promuove in giudizio; *b*) se la obbligazione assunta dallo straniero ha origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o denno avere esecuzione nel regno (articolo 105). Quando poi constasse che in paese straniero il cittadino italiano fosse assoggettato a quella giurisdizione per una ragione qualunque non contemplata nel nostro Codice, noi faremo al cittadino dell'estero Stato lo stesso giuoco; e questo chiamasi, nell'art. 105, n. 3, *reciprocità*. Altri eventi sono considerati nell'articolo 106.

Le disposizioni che veniamo dal ripetere riassumono quasi interamente il concetto e le frasi del famoso articolo 14 del Codice civile francese, il quale, secondo il Félix (num 169), fu giudicato dalle altre nazioni come contrario al rispetto dovuto alla loro indipendenza. Nel risultato, i francesi che posero quella legge, dimenticando poi il principio *quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur*, non vollero riconoscere negli altri Stati lo stesso diritto rapporto ai connazionali. Laonde, almeno nel maggior numero dei casi, quando si trattava di mandare ad esecuzione sentenze estere contro un francese, non apprezzavano il diritto della competenza che in relazione all'organismo delle stesse leggi francesi; ossia secondo le leggi del luogo della esecuzione. Ciò equivale senza dubbio al ritenere che il nazionale è mai sempre distratto dai suoi giudici naturali quando viene giudicato da tribunali di altri Stati; e la conseguenza è questa, che *dovrà in principio rifiutarsi la esecuzione dei giudicati stranieri* contro cittadini che sarebbero stati condannati da tribunali incompetenti perchè quei tribunali erano stranieri.

Insomma il cittadino non può mai essere giudicato che da tribunali nazionali; non lo può mai essere da tribunali stranieri. Noi ci arroghiamo, è vero, di giudicare gli stranieri in determinate circostanze; ma non usiamo lo stesso trattamento verso altre nazioni amiche e civili i cui tribunali pronunciassero sentenza condannatoria di cittadini italiani, benchè osservando la maggiore regolarità.

Questa generosa dottrina internazionale predicata dal Félix (num. 321) e da altri anco non francesi « devra être appliquée également « dans les cas *où le régnicole défendeur aura « volontairement plaidé* devant les tribunaux « étrangers, parce qu'*il ne lui est pas permis « de renoncer à la jurisdiction de son souve- « rain en se soumettant à une jurisdiction « étrangère* ».

Il che significa che in verun caso si riconoscerà una giurisdizione straniera pei cittadini dello Stato.

Allora io domando: a che serve la indagine della competenza? La legge doveva dire che quando si tratta di cittadini dovrà essere sempre reietta la esecuzione del giudicato straniero; o i tribunali dello Stato dovranno giudicare *ex novo*.

Vero è che i propugnatori di questa dottrina concedono senza difficoltà che *pei fatti di giurisdizione volontaria* è consuetudine di accettarli reciprocamente da Stato a Stato, *ob reciprocam utilitatem*, per la frequenza dei casi, e perchè sarebbe di troppo incomodo il fare altrimenti (Glück, *Commentaire*, tom. III, § 193; Félix, num. 456). Ma si ha cura di far rilevare le note differenze fra giurisdizione volontaria e contenziosa perchè bene si comprenda che con ciò non si limita in verun modo la teoria adottata rapporto alla giurisdizione contenziosa.

A me pare di vedere in queste idee qualche cosa di rugginoso e di antiquato, e ho fiducia che le teorie del diritto internazionale si verranno facendo più eque e conformi alla desiderata fraternità dei popoli civili. Ma intanto, senza dipartirci dal testo, vediamo tolta ogni distinzione di persone, e quindi non potersi desumere dal testo medesimo che la competenza, *quanto allo straniero*, sia da ragguagliarsi a quella delle leggi del proprio paese, e invece *quanto all'italiano* debba ragguagliarsi alla stregua del nostro regolamento organico. Ciò porterebbe, come notai, il rifiuto sistematico di ogni esecuzione di giudicati stranieri rapporto ai cittadini dello Stato.

« Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali » dice l'articolo 71 dello Statuto; e ciò s'intende di forza: ma se il cittadino italiano, capace e libero di sè, si obbliga validamente in guisa che, mediante questa sua obbligazione, si assoggetta alla giurisdizione di tribunali esteri, *egli non è distolto dai suoi giudici naturali*, ma accetta spontaneamente e volontariamente quella giurisdizione. Strano sarebbe, e più che strano, incredibile, che un italiano dimorante a Londra, e che ivi si obbliga commercialmente per causa di una impresa industriale, e viene condannato da quei tribunali, dovesse dirsi *distolto dai suoi giudici naturali*, e quindi la sentenza non dovesse mandarsi ad esecuzione sopra i beni che possiede in Italia, quantunque il debitore fosse

stato giudicato da tribunale che in Inghilterra era competente.

Concludo:

La Corte d'appello, rapporto alla competenza, deve esaminare: 1° *se la decisione straniera fu proferita da un magistrato che in quella regione avesse abito di competenza; 2° se in ordine a quelle leggi il magistrato era competente, in ispecie, nella proposta questione.* E questa competenza dovrebbe accettarsi ancorchè, potendo il convenuto opporre la incompetenza *speciale*, non si fosse prevalso del suo diritto; semprechè non risultasse che quel tribunale era radicalmente incompetente, o che l'adesione fu inconsulta, irragionevole, senza causa (1).

Io posso invocare una decisione della corte di Napoli, ove la giurisprudenza aiuta di continuo il progresso della civiltà. Ritenne la competenza del tribunale di Francia, la cui sentenza doveva mandarsi ad esecuzione, collocandosi, come doveva, nel punto di vista del francese, a cui favore stava l'articolo 14 di quel Codice (sopra indicato) e la stessa legge italiana. La quale proclamando la nostra competenza sullo straniero, in casi stabiliti, impone alla nostra onestà di rispettare la posizione consimile che lo straniero ottiene dalle leggi del proprio paese (sentenza 13 marzo 1865, Bettini, tom. II, pag. 154).

b) Citazione legittima.

La citazione è altro dei fondamenti essenziali del giudizio; è uno dei canoni, diciamolo con altre parole, del dogma universale giudiziario, osservato da tutti i popoli civili. Ma qui pure bisogna mettersi nel punto di vista dell'ordinamento straniero e non del nostro, ed accettare anche quegli equivalenti che nelle rispettive procedure sono ritenuti legittimi (2).

c) Rappresentanza o contumacia legittima.

Vogliamo essere persuasi che il convenuto si è difeso, o ha potuto difendersi: che le guarentigie che quelle leggi assicuravano sono state mantenute e convenientemente applicate.

d) Disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno.

Le prime indagini relative ai tre primi numeri appartengono alla protezione della giustizia privata, queste alla tutela del diritto dello Stato; esercizio incontrastabile, eminentemente legittimo, della sovranità nazionale.

Diremo poche parole qui dove ce ne vorrebbero troppe. L'*ordine pubblico* e il *diritto pubblico* che i nostri magistrati hanno l'alta missione di custodire, sono concetti diversi nello spirito di questa legge: ma come si distinguono? Intenderemo *contrarie all'ordine pubblico* quelle determinazioni che hanno attitudine ad offendere la tranquillità, lo stato politico del paese, e il senso dell'onestà generale; che influiscono sulla vita attuale e pratica, anzichè sui principii. Contrarie al *diritto pubblico interno*, le determinazioni che offendono più direttamente le istituzioni del paese e i principii che le governano. Dovrà non meno rigettarsi la esecuzione di quelle sentenze che violano e sconoscono il nostro *diritto pubblico esterno;* o apprezzano le nostre relazioni all'estero in un modo contrario a quello che noi sogliamo giudicarle: per esempio, riconoscendo come esistente e valido un trattato politico, un concordato, che noi non ammettiamo, o crediamo aver cessato di esistere.

Non riguardano altresì il diritto pubblico interno le questioni che concernono lo stato personale del cittadino italiano, il godimento dei suoi diritti civili e di famiglia? Ciò è indubitato anche per l'articolo 6 delle Disposizioni preliminari al Codice civile. « Lo stato « e la capacità delle persone ed i rapporti di « famiglia sono regolati dalla legge della na- « zione a cui esse appartengono ». Noi ne abbiamo fatto un principio esteso a tutte le nazionalità, e professiamo di rispettarlo per tutti i paesi. Ma dobbiamo noi occuparci eziandio della integrità personale dello straniero? Una decisione non conforme a quel diritto che lo straniero poteva pretendere avanti i tribunali della propria nazione *offende forse il nostro diritto pubblico interno?* Io penso che non debba a tanto estendersi il nostro esame, ed abbia per questo rispetto ad osservarsi l'autorità del giudicato.

4. *Se la sentenza proferita da magistrato straniero e dal nazionale dichiarata eseguibile, viene rivocata o annullata, quale sarà la conseguenza?*

Noi abbiamo mandata ad esecuzione una sentenza della corte di Lione, che la cassazione francese ha di poi annullata. Indi è seguito il giudizio di rinvio che ha infirmata quella della corte di Lione. I nostri magistrati, vista la seconda sentenza, danno anche a questa *forza esecutiva*. È chiaro che il vincitore

(1) Lo stesso io credo avvenire se l'italiano si fece attore, e rimase soccombente, qualora si trovasse che il tribunale adito era incompetente.

(2) Talvolta nei casi d'urgenza il magistrato è autorizzato dalle leggi vigenti a procedere senza citazione; ma suolsi provvedere al diritto della difesa colla pronta notificazione e colla facoltà della opposizione.

potrà valersene per far annullare gli atti di esecuzione che si fossero praticati nel nostro Stato in virtù della prima sentenza. In tal modo le nostre autorità giudiziarie, che accettano il titolo giudicabile dallo Stato straniero, seguono fedelmente le vicende del giudizio, come se derivassero dalla nostra giustizia indigena, sempre riservate le investigazioni preliminari che sono nostro dovere e nostro diritto. La istituzione di cui parlo, cioè quella della cassazione onde si annullano sentenze ed atti esecutivi, è così uniforme al nostro diritto giudiziario, che noi stessi l'abbiamo ricevuta dallo straniero. Ma fosse pure diversa, non conosciuta fra noi, dovremo noi occuparci dell'organismo giudiziario degli altri paesi, retti pur essi a fogge civili, a rilevare se siano o no conformi al nostro? Come si disse, parlando in genere della eseguibilità delle sentenze, non dobbiamo occuparcene fuorchè per vedere se furono osservate le norme legali che regnano presso quel popolo.

Articolo 942.

Il giudizio di delibazione è promosso con citazione in via sommaria degli interessati, e deve sentirsi il ministero pubblico.

La parte che lo promuove, deve presentare la sentenza in forma autentica.

Se l'esecuzione di una sentenza sia richiesta nelle vie diplomatiche, e la parte interessata non abbia costituito un procuratore che promuova il giudizio di delibazione, la corte d'appello, sulla istanza del ministero pubblico, nomina d'uffizio alla stessa parte un procuratore che lo promuova in nome di lei.

Annotazioni.

1. Il *giudizio di delibazione* può esser promosso dalla parte interessata e richiedersi *per le vie diplomatiche*, nel qual caso il ministero del regno si mette in relazione colla corte che deve giudicarne (1). La corte nomina un procuratore, il quale promuoverà il giudizio che ha sempre il suo inizio *da una citazione in via sommaria*, cioè a udienza fissata dal presidente della corte.

2. *Quale sia la corte d'appello competente al giudizio di delibazione.*

Dice l'articolo 941: « La corte d'appello *nella cui giurisdizione le sentenze devono essere eseguite*.

Si suppone determinato il luogo nel quale la materiale esecuzione della sentenza dovrà consumarsi. È questo un fatto che può avvenire, anzi d'ordinario avviene. Uno straniero vuole eseguire la sentenza che condanna il nazionale al pagamento di una somma, sui beni che quesli ha nel territorio di Genova, e cita avanti quella corte: ciò è testuale. Ma la parola *esecuzione* ha un significato più esteso. La espressione della legge è esatta — *la forza esecutiva alle sentenze... è data...* Ciò che s'invoca egli è, che sia data *forza esecutiva alla sentenza:* quanto dire sia formalmente riconosciuta al pari di una sentenza emanata dalle autorità dello Stato. In conseguenza sarà dotata di quella virtù, di quella efficacia che hanno le sentenze dei tribunali nazionali; virtù generale non al solo effetto della esecuzione materiale, ma per ogni altro effetto giuridico che non tien sede, per dir così, in verun luogo, ma abbraccia relazioni indefinite che in molte guise possono manifestarsi. Per dare un esempio, Tizio, italiano, è stato dichiarato fallito da una sentenza pronunciata all'estero; e questa riceve *forza esecutiva* nel regno. Tizio forse non ha beni nel regno; ma ha dei crediti sparsi qua e là, ed è ancora incerto se, e in qual modo, potranno assicurarsi a pro dei creditori. L'effetto generale ma diretto della sentenza riconosciuta nel regno sarà la inabilitazione del fallito a far contratti; sarà l'annullamento di quegli atti a titolo lucrativo, che si proveranno fatti in prossimità del fallimento, ecc. Di presente manca un oggetto determinato e certo di esecuzione; non è possibile a dire in qual distretto di corte d'appello *si eseguirà la sentenza*.

Quale adunque sarà la corte d'appello competente?

È osservabile che la legge sembra avere sta-

(1) Per le RR. Costituzioni di Piemonte la domanda era fatta *con requisitorie* (l. II, t. III, c. 1, § 13).

bilito questo criterio di competenza come il più ovvio, ma senza attribuire a siffatta competenza quell'effetto esclusivo e incomunicabile (userò questa parola per esprimere l'effetto ordinario di una giurisdizione stabilita), attesochè ci erudisce l'art. 949 che, una volta accordata da magistrato competente la forza esecutiva al giudicato straniero, la esecuzione può farsi *anche in altre giurisdizioni*.

Se pertanto l'oggetto della esecuzione non è determinato, non si avrebbe più ad applicare la disposizione dell'articolo 941, ma con vien ricorrere ad un altro criterio. Quello che domina nel detto articolo *è reale;* se questo manca, restano a seguirsi le regole generali della competenza: l'indirizzo *personale* della residenza e domicilio del convenuto (2). Non si cadrà mai in errore, non saremo mai censurabili, seguendo questa norma la più favorevole alla libertà della difesa.

Articolo 943.

Per l'esecuzione nel regno dei provvedimenti di sequestro dati da autorità giudiziarie straniere, si osservano le disposizioni dei due articoli precedenti in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. Si concepisce difficilmente come un magistrato straniero possa ordinare un sequestro sopra cose e sostanze che sono nel nostro territorio. Era competente quel magistrato ad ordinare il sequestro? Per certo sarà la prima indagine. È questa una legge del tutto nuova, ed ecco il dubbio che può suscitare. La eseguibilità del giudicato straniero implica fra le altre cose *che la lite abbia avuto il suo completo esaurimento*, poichè solo nell'ultimo risultato si può ravvisare se il contenuto del giudicato sia o no in corrispondenza coi principii che noi vogliamo salvi e rispettati nello Stato nostro. La legge indubbiamente parla di sequestro *giudiziario* o *conservativo*, mentre se il sequestro fosse *esecutivo*, ordinato dal tribunale estero, supporrebbe una sentenza di merito, una sentenza di condanna, sulla quale dovrebbe cadere il *giudizio di delibazione*. Si tratta dunque di un sequestro *giudiziario* o *conservativo*.

Accordando la forza esecutiva a tale sentenza, non si costituisce per avventura un precedente giuridico dannoso alla nostra libertà d'azione, a quella indipendenza di esame che dovrà un giorno spiegarsi sulla sentenza di merito? No certamente: ogni sentenza o provvisionale o interlocutoria, proveniente dall'estero, si manda ad effetto *per quanto in essa si contiene*, e nei limiti del proprio oggetto, e niente osta che altra sentenza, comunque possa dirsene il complemento o anche la conseguenza, possa riconoscersi ineseguibile nel nostro Stato.

2. Non dobbiamo perder di vista l'art. 10 delle Disposizioni preliminari del Codice civile.

« La competenza e le forme dei procedi« menti sono regolati dalla legge del luogo in « cui segue il giudizio ». In questo giudizio l'esame della competenza ha un aspetto duplice. Il magistrato nazionale deve avere la coscienza della competenza propria. Il magistrato nazionale giudica quella dello straniero. Io credo doversi dare all'articolo 10 una portata molto ampia; l'importanza di un principio di diritto internazionale. La liberalità della nuova legislazione ha in questo disposto una novella testimonianza. Noi non poniamo il nostro tipo come esemplare agli altri paesi: noi rispettiamo le forme che ivi si usano, la competenza che ivi è sancita.

« I modi di esecuzione, dice l'articolo 10 « nel suo estremo periodo, degli atti e delle « sentenze sono regolati dalla legge del luogo « in cui si procede alla esecuzione ».

Questo tenore differenziale ha pur esso la sua importanza. Il processo esecutivo di una sentenza è distinto dalla sentenza stessa; se la sentenza è straniera, altri magistrati, altri riti presiedono alla sua esecuzione. Qui la nostra legge di procedura rientra nel pieno vigore del suo esercizio.

---

(1) Cioè dovrà citarsi avanti la corte d'appello nel cui distretto ha residenza o domicilio il convenuto; se il convenuto fosse straniero, si seguiranno le regole date dal Codice per citare gli stranieri; e non verificandosi, rispetto alla competenza, veruna delle circostanze degli articoli 105 e 106, si osserverà l'art. 107, dato sempre che non si adombri in qualche modo il luogo concreto ove s'intende eseguir la sentenza per servire al disposto dell'articolo 941.

3. *Delle questioni di esecuzione che possono nascere dalla sentenza straniera dichiarata eseguibile.*

La esecuzione non potrà farsi nel nostro Stato se non osservate le prescrizioni del Libro II del Codice di procedura. D'uopo è pertanto che la sentenza contenga l'*oggetto concreto* e *specifico che si può realizzare mediante la esecuzione* sui beni del debitore.

Poniamo che la sentenza straniera non imponga *che la prestazione di un fatto*, con o senza comminatoria. Perchè la sentenza contenga oggetto di materiale esecuzione, altre operazioni restano a farsi. O dovrà passare un certo termine per adempire il fatto; o non prestandosi, si dovrà ottenere una condanna nei danni, e questi liquidarsi. È chiaro che, una volta riportata la *eseguibilità della sentenza* nel regno, tali questioni che ne conseguitano si recano ai nostri tribunali. Se i giudizi hanno relazione al merito, dovendosi dare agli ordinamenti della sentenza quegli sviluppi ulteriori che si richiedono per mandarla ad esecuzione, la competenza sarà dei tribunali ordinari: cioè fondata nei canoni generali di territorio e valore, come nelle altre azioni personali (1).

Se le questioni vertono sulla *esecuzione*, la regola dell'articolo 576 è positiva. Similmente le altre e varie norme sulla competenza locale, stabilite nel corso dei procedimenti esecutivi, sono da osservarsi.

Articolo 944.

La forza esecutiva agli atti autentici ricevuti in paese estero è data dal tribunale civile del luogo in cui l'atto deve eseguirsi, previo giudizio, in cui devono osservarsi le norme stabilite dagli articoli 941 e 942 in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

1. « Le forme estrinseche degli atti tra vivi « o di ultima volontà sono determinate dalla « legge del luogo in cui sono fatte » (articolo 9 delle Disposizioni preliminari al Codice civile). *Locus regit actum* (2). Il principio astratto e generale della *reciprocanza*, che dominava ancora in tutta la sua forza nel Codice albertino (articolo 1418), come in altri caduti con esso in Italia, ora ha dato luogo al rispetto assoluto della legislazione straniera, colle savie e giuste modificazioni indicate dall'articolo 950. Ma altro è accettare la forma dell'atto come quello che determina rapporti giuridici fra le parti consenzienti; altro è infondere in esso una virtù costrittiva ed esecutiva sui beni o sulla persona del contraente. L'atto entra nella categoria dei *titoli esecutivi* che portano in fronte l'augusto nome del re, e ricevono potenza legittima da chi in quel nome amministra giustizia.

Si osservano le norme degli articoli 941 e 942 *in quanto siano applicabili;* ma intanto come sono applicabili quelle dell'articolo 941? Un atto contrattuale ha ben poco di comune con una sentenza pronunciata in via contenziosa.

Il tribunale civile farà tre indagini: 1° regolarità della forma estrinseca; 2° concorso delle forme intrinseche essenziali, capacità, consenso; 3° materia.

Quanto alla forma vi ha un rillevo importante. È d'uopo *che risulti la volontà delle parti di voler dare all'atto pubblico contrattuale la forza di un titolo esecutivo.* È d'uopo ancora che risulti *essersi data a questa volontà dei contraenti la efficacia possibile*, col munir l'atto di quelle dichiarazioni e di quelle formole che sono necessarie secondo la legge del paese, affinchè possa funzionare, userò questa frase, quale titolo esecutivo. È con questo corredo, e in questa forma che diremo ufficiale, che l'atto si presenta al nostro magistrato onde vi aggiunga la sua sanzione.

La materia dell'atto può riguardarsi sotto due aspetti: 1° in ordine ai principii di diritto pubblico dello Stato; 2° in ordine a quelli che governano, secondo il diritto privato esistente, la validità delle convenzioni.

Il primo aspetto rientra nelle viste del n° 4 dell'articolo 941, ed è il solo letteralmente applicabile. Se il traffico della persona, l'esercizio dei doveri militari, il mercato di cose che

(1) Ciò dirassi eziandio se trattasi di ridurre a liquidità e precisione il credito per servire al disposto dell'articolo 368.

(2) « È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti » (articolo 9 detto).

noi definiamo inalienabili, sono la materia della convenzione, dovrebbe respingersi l'esecuzione; ciò è manifesto. Più contestabile, o almeno più difficile, è l'esame del diritto privato.

Quanto al diritto privato, proporrei una suddistinzione fra gli atti che *involvono ragione di diritto pubblico*, e quelli che sono *puramente privati*. I diritti di famiglia, l'essere civile, la capacità, i diritti personali insomma, appartengono alla prima categoria. Se la convenzione, verbigrazia, fosse la conseguenza della legittimazione di un figlio adulterino, avvenuta in modo disforme da quello che le nostre leggi statuiscono, una tale convenzione non sarebbe riconoscibile. Fu deciso dalla cassazione francese nel 13 agosto 1813. Similmente, se un cittadino italiano avesse subita interdizione per cause che noi non ammettiamo, o per vie dissuete e discordanti da quegli ordini che noi riteniamo essenziali alla libertà individuale, cioè per rescritto stragiudiziale, *non citata et non audita parte*, l'atto di un preteso curatore non sarebbe accolto come valido. Quanto al *diritto privato puro*, la dottrina si pronuncia nel senso che non deve rivedersi la convenzione; il che poi non è nuovo, mentre le convenzioni si rispettano, essendo leggi fra i contraenti. Io però sono di parere che se la convenzione fosse visibilmente contrarla al principii fondamentali del nostro diritto civile; per esempio, se si trattasse di una donazione che nonostante la sopravvenienza dei figli si volesse ancora sussistente, l'impugnazione fattane dal padre nell'interesse del figlio avrebbe tutto il suo effetto. I casi però sono rari e da misurarsi con grande cautela.

2. *Esecuzione di giudizio di arbitri.*

Si rassegna questa breve ricerca all'esame del presente articolo, perchè in effetto un giudizio di arbitri eletti regolarmente dalle parti non è che la volontà delle stesse parti; è un contratto. Non si avrà dunque a vedere fuorchè se le forme del compromesso e del giudizio che ha avuto luogo, siano quelle che la legge del paese ove fu pronunciato, determinava (Felix, lib. II, tit. VII, cap. II; Carré-Chauveau, quest. 1900).

3. La questione di competenza da noi esaminata nel n° 2 del commento all'articolo 942 potrebbe ancora elevarsi. Qual *è il luogo in cui l'atto dovrebbe eseguirsi?* Si può ben fare una domanda generica a tutti gli effetti di ragione; si può non avere in vista un modo specifico di esecuzione. La soluzione si attinge dai principii che ho proposti nel luogo ora citato.

4. *Come per atto stipulato in paese estero possa iscriversi ipoteca nel nostro Stato.*

Percorrendo le legislazioni anteriori, si trova che l'*ipoteca giudiziale* era più facilmente ammessa della *convenzionale* in forza di atti che ebbero vita in estere regioni. In Francia l'ipoteca nascente dal giudicato straniero è ricevuta, se il giudicato è dichiarato eseguibile (articolo 2123 del Codice civile francese). Così pure disponeva l'articolo 2009 del Codice civile delle Due Sicilie. Il Codice civile albertino, apparso diciotto anni più tardi, rimase addietro. « I giudicati pronunziati in paese « straniero non conferiscono ipoteca sopra « i beni situati nei Regi Stati, salvo che i « trattati politici ne contengano la espressa « disposizione ». Le sentenze dei *regi consoli* stabiliti all'*estero* avevano questa virtù; si consideravano come magistrati del regno.

Per contro l'ipoteca convenzionale non ha effetto in Francia, quando non derivi da atto pubblico celebrato nello Stato, salvo i trattati politici (articolo 2128). Il Codice civile delle Due Sicilie non imitò questa volta il francese, e fece un passo nella via del progresso; concedendo *ai contratti fatti in paese straniero con atto autentico, secondo le leggi del luogo*, potenza produttiva d'ipoteca se il tribunale civile *ne ordinasse la iscrizione* (art. 2014). Il Codice civile albertino si rinchiuse nella consueta sua formola; negò la ipoteca convenuta per atto non eretto nel regno, meno i consolari, e meno la influenza dei trattati politici (articolo 2138). Taccio di altre legislazioni. I signori Troplong, Sapey, Soloman, Duranton, ed altri illustri scrittori, criticando il sistema francese, dissero che si era confusa la *ipoteca colla esecuzione;* ed è vero. Questa critica è l'elogio del nuovo placito legislativo.

La nostra legge è più giusta della francese; più semplice e logica della siciliana. Noi non abbiamo in proposito che una sola disposizione, quella dell'art. 1990 del Codice civile. « Gli « atti seguiti in paese straniero, che si presen- « tano per la iscrizione, *devono essere debita- « mente legalizzati* ». Ecco tutto. Deve risultarne l'autenticità per mezzo di quelle ricognizioni civili e diplomatiche che sogliono usarsi per accertare che l'atto fu stipulato da un pubblico ufficiale che in quello Stato ne aveva l'autorità. Così si ritiene e si pronuncia la differenza, male innanzi apprezzata, eppure tanto importante, *fra titolo esecutivo* ed atto contrattuale che non s'impone ad una volontà riluttante per costringerla a forza; nè è punto destinato a partorire la esecuzione, ma *si com-*

pie col darvi quella efficacia che è nella intenzione e nella volontà stessa dei contraenti.

Ne segue che l'articolo 944 non è applicabile; e ne abbiamo parlato solo per toglier di mezzo una facile confusione, e additare il criterio della legge uscito più logico e vero dai torbidi concetti delle legislazioni precedenti.

Articolo 945.

Le sentenze e i provvedimenti delle autorità giudiziarie straniere riguardanti esami di testimoni, perizie, giuramenti, interrogatorii, o altri atti d'istruzione da farsi nel regno, sono resi esecutivi con semplice decreto della corte d'appello del luogo in cui si deve procedere a questi atti.

Se l'esecuzione sia domandata direttamente dalle parti interessate, l'istanza si propone con ricorso alla corte, e vi si unisce copia autentica della sentenza o del provvedimento che ordinò gli atti richiesti.

Se l'esecuzione sia domandata dalla stessa autorità giudiziaria straniera, la richiesta deve trasmettersi nelle vie diplomatiche, senza necessità di unirvi la copia della sentenza o del provvedimento.

La corte delibera in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico. Se permetta l'esecuzione, commette gli atti richiesti all'autorità giudiziaria o al funzionario di essa che abbia facoltà di riceverli o di farli eseguire.

Annotazioni.

Avendo sèguito nel regno i *provvedimenti* indicati nell'articolo 945, l'autorità giudiziaria competente è quella avanti la quale si deve compiere la istruzione richiesta.

La istruzione si compie nel luogo più comodo ed opportuno: quello cioè dove abita la persona che deve interrogarsi, dove sono nel maggior numero i testimoni, ove esistono le cose sulle quali cade la perizia. In simili casi basta un ricorso senza citazione; la corte *delibera in camera di consiglio*. Se la domanda è fatta nelle vie diplomatiche, il che è frequente sui confini degli Stati, la corte alla quale si rimettono gli atti per via diplomatica è subito, indicata dal soggetto stesso di cui deve occuparsi.

Non s'intende perchè la legge dispensi il richiedente diplomatico dall'obbligo di presentare *la copia della sentenza* o *del procedimento.* Sarà ben necessario che la parte interessata s'incarichi di produrla; o il presidente della corte ne faccia la domanda per via ministeriale, perchè non sarebbe mai cosa sicura procedere ad atti d'istruzione senza il documento autentico che la ordinava, e alla cui intenzione deve informarsi.

La corte delega un funzionario dell'ordine giudiziario, necessariamente. Perchè non uno dei consiglieri della corte? Senonchè, essendo vasto il comprensorio della corte, potrà delegarsi secondo le circostanze, e per maggior comodità, un tribunale civile o un pretore nel cerchio della sua giurisdizione (Vedi le Annotazioni dell'articolo 948).

Articolo 946.

Quando la richiesta sia fatta nelle vie diplomatiche, e la parte interessata non abbia costituito alcun procuratore che promuova l'esecuzione degli atti accennati nell'articolo precedente, i provvedimenti, le citazioni e notificazioni necessarie per compierli sono dati o ordinati d'uffizio dall'autorità giudiziaria procedente. Se gli atti richiesti esigono, per circostanze speciali, le diligenze della parte interessata, la detta autorità giudiziaria può nominare di uffizio un procuratore che la rappresenti.

Se sia necessaria o permessa la presenza delle parti interessate all'atto

richiesto, il decreto che stabilisce il giorno in cui si procederà all'atto stesso è notificato, con semplice biglietto per mezzo di usciere, alle parti la cui residenza nel regno sia conosciuta. Copia del decreto è trasmessa nelle vie diplomatiche all'autorità straniera, affinchè ne siano avvertite le altre parti.

Annotazioni.

La domanda è stata fatta *nelle vie diplomatiche;* le parti non ne sono prevenute; si procede d'ufficio. Il giudice delegato dalla corte manda opportuni avvisi alle parti interessate, fa citare i testimoni con ordine all'usciere: se la parte non comparisce, benchè invitata, il giudice può nominarle un procuratore. Ma, come si vede, se il giudizio non è assunto dalla parte, ma si fa d'ufficio, non corre l'ordinaria regola di procedura; è un misto di amministrativo e di giudiziario, demandato al discreto e prudente governo del giudice.

Articolo 947.

Quando si tratti di citazioni a comparire davanti autorità straniere, o di semplici notificazioni di atti provenienti da paese estero, la permissione è data dal ministero pubblico presso la corte o il tribunale, nella cui giurisdizione la citazione o notificazione si deve eseguire.

Se siano state richieste nelle vie diplomatiche, le citazioni o notificazioni sono commesse dal ministero pubblico direttamente ad un usciere.

Annotazioni.

Per virtù di trattati, per consuetudine, per quella mutua corrispondenza dolle nazioni che promnove la giustizia universale, e non per ordinamento di leggi interne, lo Stato può essere richiesto degli uffici giudiziari avvisati in questo articolo.

Articolo 948.

L'adempimento nel regno degli atti indicati nei tre precedenti articoli non toglie la necessità del giudizio di delibazione, quando si tratti dell'esecuzione della sentenza definitiva.

Annotazioni.

1. Importava il dire, che l'esecuzione impartita a decreti o sentenze preparatorie o interlocutorie, non è un precedente che possa allegarsi da coloro che volessero sostenere, che la sentenza definitiva pronunciata nel medesimo giudizio dall'autorità straniera sia implicitamente e preventivamente approvata.

Forse che la corte d'appello attribuisce forza esecutiva alle sentenze preparatorie o interlocutorie, *senza deliberazione* o *senza esame?*

No certamente: la corte decide anche questa volta con cognizione di causa; ma sarà tratta a fare dei principii un'applicazione meno rigorosa in relazione alla minore importanza dell'oggetto, e per la ragione appunto dell'art. 948, che richiede il congruo esame della sentenza definitiva. Della questione ad ogni modo che sia per sorgere nel regolare giudizio provocato dalla parte interessata, deve il magistrato occuparsi nei termini dell'articolo 941.

2. A vedere se quando l'affare è inviato alla corte per rogatoria diplomatica, e trattato pressochè amministrativamente per servire ad una richiesta ufficiale, senza contraddittorio di parti, l'autorità giudiziaria debba farsi carico di quelle indagini di diritto.

« Non può dubitarsi, disse Pisanelli nel « *Commentario al Codice sardo* (vol. v, part. I, « pag. 129) che lo Stato può ovviare alla ne« cessità dei giudizi di delibazione con trat« tati politici, almeno sotto certi rispetti, « che non potrebbe mai transigere sulla ne« cessità dell'apposizione della formola ese« cutiva, e su certi principii di diritto e di « moralità pubblica ». Qualche cosa diremo

dell'effetto dei trattati politici, esponendo l'ultimo articolo: intanto siano presenti le parole dell'illustre scrittore sapientemente usurate.

L'invio diplomatico può essere conseguente dalla convenzione internazionale; o può esser fatto per invito fiducioso di Stato amico pronto a corrisponderci di pari ufficio. L'effetto può non risultare identico.

Nel primo caso, il trattato potrà aver prevenuto sulle indagini di forma; l'oggetto però, l'intrinseco, il diritto essenziale, come ci ammonisce il passo citato, non si ripudia onorevolmente dallo Stato, non si dà in balla di un altro Stato. Nel secondo caso, l'azione del giudice non è misurata che dalla legge di cui è ministro; e niuna delle indagini dell'art. 941 gli è estranea.

Articolo 949.

La forza esecutiva data a norma degli articoli 941, 942, 943, 944, 945, 946, e 947 da un tribunale civile, da una corte di appello, o dal ministero pubblico, vale per promuovere l'esecuzione anche in altre giurisdizioni.

Annotazioni.

Lo scopo di questa legge s'intende facilmente. Ridotto il testo a termini più chiari, e credo più esatti, significa che, come il giudicato o l'atto è dichiarato esecutivo dall'autorità competente, esercita la sua efficacia per tutto il regno e avanti qualunque giurisdizione. Invero *non si promuove sempre una esecuzione*. Ma, a cagion d'esempio, la sentenza costituisce cosa giudicata, e ne fonda la eccezione: e in tanti altri casi riceve efficacia legittima; fra gli altri effetti ha certamente quello di autorizzare la esecuzione.

—

Della esecuzione degli atti di volontaria giurisdizione celebrati in paese straniero.

Quasi in via d'appendice farò qualche parola su questo argomento.

1. Risalendo all'idea della giurisdizione volontaria, in quanto si distingue dalla contenziosa, fra i caratteri più salienti della nozione vi ha quello espresso da Gluch (*Comment.*): che la persona investita del potere legale (1) *non fa che assicurare le volontà delle parti e renderci solenne testimonianza*. È la sanzione di quella volontà giuridicamente imperfetta, e quindi un'approvazione coscienziosa ed autorevole e non la semplice affermazione di un fatto, ciò è verissimo; ma infine se quella volontà non potrebbe avere senza il suggello dell'autorità un valore giuridico, è altresì vero *che il magistrato non esprime la volontà propria, ma quella delle parti.*

Questa essenzialità della nozione basta ad escludere dalla categoria degli atti di volontaria giurisdizione quelli che, quantunque prestati senza contraddizione, non *adhærent voluntati* (vera o per finzione legale supposta, come ora diremo), e non favoriscono perciò lo sviluppo della libertà personale, ma s'impongono più o meno espressamente all'altrui, ed hanno sembianza di detrarre all'esercizio della libertà naturale. Narra il Fœlix (n° 455) che in Germania la interdizione dei dementi, dei prodighi, ecc., è fra le attribuzioni della giurisdizione volontaria. Ma le legislazioni francese ed italiana ravvisano l'elemento contenzioso sotto l'apparenza di un atto di protezione e difesa, poichè non sarebbe puramente tale se non partendo dal supposto dell'incapacità, che è quello che deve provarsi e la persona stessa può respingere di tutta la sua forza questo degradante supposito.

Dalla osservazione speciale ed esemplare scaturisce il principio generale, proprio della materia; che allorquando viene proposto alla nostra autorità l'atto di straniero magistrato sotto forma di atto di volontaria giurisdizione, ad effetto di munirlo di forza esecutiva, nel concorde parere degli scrittori, le seguenti condizioni denno verificarsi: « 1° qu'il ait été « fait ou reçu par un magistrat, officier public « ou autre personne investie par la loi du « lieu de la confection du même acte du pou« voir d'y procéder; 2° que l'acte soit revêtu « des formalités prescrites par la même loi; « 3° que son contenu soit conforme (2) *au « statut qui régit, soit la personne à laquelle*

(1) Sia o no un magistrato abitualmente investito di giurisdizione contenziosa, o soltanto preposto alla giurisdizione volontaria.

(2) Non contrario, diremo noi.

« *l'acte se rapporte, soit la substance ou la* « *matière de l'acte* » (Fœlix).

Essendo le due prime facoltà per sè chiare, fermiamoci sulla terza. È necessario che il magistrato italiano possa avere lo stesso concetto giuridico dei rapporti che esistono fra la qualità dell'atto e il subbietto a cui venne applicato. L'adozione, la emancipazione, la nomina di un tutore, la facoltà di vender beni di minori e via discorrendo, per noi, e generalmente per altre legislazioni, sono materia demandata alla volontaria giurisdizione. Ed è nella natura delle cose. In tutti questi fatti il magistrato non fa che corrispondere ad una volontà che si riconosce legittima, e renderla efficace colla interposizione del suo ministero autorevole. Ho detto che base di questa funzione *è l'elemento della volontarietà;* poichè anche il minore, anche l'infante, che per fato di natura non hanno coscienza dell'essere loro nè quindi volontà, si finge ch'essi medesimi chieggano assistenza e rappresentanza coll'organo dei parenti o del ministero pubblico, essendo per essi un bene certo e una necessità inevitabile. In tale convergenza di vedute è ben semplice che il magistrato italiano darà forza esecutiva al decreto del magistrato straniero.

La esecuzione di questo decreto si svolge nella sfera dell'attività di diritto in quanto giova al richiedente senza nuocere ad altri; dal che rimane escluso il carattere del contenzioso. Tale esecuzione ha una estensione indefinita, una efficienza duratura e fors'anche immutabile nell'essere della persona, e si spande in tutti i punti del territorio dello Stato. Il figlio emancipato ha libertà di amministrare le cose sue dovunque si trovino; il figlio adottivo godrà di tutti i diritti, verificabili anche in futuro, derivanti da questa sua qualità.

Se non che, guardando bene addentro, si appalesa che in tutto questo si ravvolge intimamente una questione di *capacità personale.* Il decreto di volontaria giurisdizione è il mantello della incapacità: con altra frase *è la reintegrazione della incapacità.* Il decreto di volontaria giurisdizione produce anche un altro effetto: *crea una capacità che non esistera, costituendo una personalità nuova.* L'esempio farà chiara la sottile differenza. Il minore è incapace; egli diventa capace nel tutore. Lo adottato acquista coll'adozione una capacità che non aveva, quella di figlio con tutte le conseguenze di diritto. Ma ben si vede che l'adottato, a dir proprio, non reintegra col fatto dell'adozione l'incapacità della sua persona (1), ma acquista una nuova persona. In tutti i casi l'atto di volontaria giurisdizione è un sussidio della incapacità, o la fonte di una capacità nuova (2).

Pertanto il magistrato preposto a dare effetto giuridico nello Stato ad un tale atto celebrato all'estero, esamina sempre la questione della capacità o, come dicono, lo *statuto personale.* Se trattasi di diritti del cittadino italiano, può avvenire o che secondo le leggi del regno egli fosse capace; ed allora il decreto straniero di volontaria giurisdizione è cosa senza valore. O può avvenire che non abbia potuto acquistare la capacità che gli si volle con quel decreto impartire, ostando la legge civile o quella del nostro diritto pubblico interno. L'adozione del minore di 18 anni non sarebbe ammessa (articolo 206 del Codice civile); l'atto di divorzio non sarebbe ammesso, comunque nel pieno consentimento dei coniugi. O in questione cade sul capo di suddito d'altro Stato, si rientra perfettamente nella regola dell'articolo 941, n° 4. La sua capacità personale sarebbe misurata dalle leggi dello Stato a cui appartiene; ma esso trova una barriera nel diritto pubblico che ci governa, di fronte al quale l'autorizzazione che ha ottenuta potrebbe rimanere inutile.

La materia è vasta, e lo debbo restringermi. L'ostacolo della eseguibilità potrà sorgere talora dalle stesse nostre leggi civili. La tutela stabilita all'estero dovrà cedere, in date circostanze, a quella che fu già stabilita nel regno, o nel regno deve costituirsi. Se nel regnò il minore avesse la massima parte del suo patrimonio, se, per supposto, vi avesse pure il suo domicilio, la tutela data all'estero non sarebbe ritenuta operativa nè quanto alla persona, nè quanto ai beni posti nel regno italiano.

2. *Della competenza.*

Non metteremo dubbio sulla applicabilità dell'articolo 941; il magistrato esecutore sarà il *tribunale civile.* Ma quale dovrà essere adito fra i tanti tribunali che sono nel regno?

In materia di giurisdizione volontaria non sono prefisse, io credo, norme rigorose; non possiamo giovarci che di norme di analogia.

---

(1) L'adottato può essere anche maggiore; anzi generalmente lo è (art. 202, 206 del Codice civile).

(2) Qualche volta però il decreto di volontaria giurisdizione non è che una formalità necessaria alla convalidazione di un atto; come quello che ordina l'apertura di un testamento olografo.

Ecco i criteri principali. La sede più importante degli affari sui quali l'atto è destinato ad esercitare la sua influenza, se non si potesse discernere in qual luogo esista, basterà additare uno dei punti principali; e si farà quindi l'opportuno ricorso al tribunale civile del luogo. Con ciò si segue più d'appresso la regola generale dell'articolo 941. In sussidio potrà implorarsi il tribunale del luogo ove si abbia residenza o dimora.

Articolo 950.

Le disposizioni di questo titolo sono subordinate a quelle delle convenzioni internazionali e delle leggi speciali.

Annotazioni.

1. *Convenzioni internazionali; trattati politici.*

Il diverso assetto della legislazione in ordine alla eseguibilità dei giudicati esteri, dipende dai principii di diritto pubblico onde si governa lo Stato.

In tempi non lontani, i popoli civili hanno cominciato a farsi delle concessioni che rappresentavano altrettante transazioni sul principio della sovranità nazionale a benefizio della giustizia universale. Era l'opera della civiltà; ma imperfetta mentre aveva un limite nella *reciprocità*. Lo straniero sarà trattato nella stessa guisa con cui il nazionale è trattato nel paese straniero. Il più e il meno era pesato sulla bilancia; specie di taglione; una legislazione benevola domani è ritirata perchè lo straniero ha mutato costume, si è fatto più avaro verso i nostri: è una rappresaglia della cui legittimità e legalità non si dubitava neppure in epoche recenti (Mittermaier, *Arch.*, t. XIV, pag. 84 e seg.; Weiscke, vº *Exécution*, pag. 105; Toullier, tom. X, pag. 132 e seg.; Fœlix, nº 311; Carré, nell'opera *De la organisation et de la compétence*, pag. 250 e seg.).

Dal vacillante e incerto fondamento della *reciprocità* siamo passati a quello che io chiamo volentieri *secondo momento* della civiltà legislativa che ora domina pressochè in ogni Stato. L'individualismo o soggettivismo della reciprocità ha ceduto a una più nobile obbiettività. Si è guardato ciò che la giustizia desidera. Per quanto dicano o dicessero i francesi che l'autorità della cosa giudicata non è del diritto delle genti, ma puramente civile, noi tutti che ci vantiamo di civiltà, rispettiamo i giudicati esteri, sin dove ce lo permette il dovere di far omaggio a principii che costituiscono l'essenza del nostro diritto.

Vengono le *convenzioni internazionali* relative alla giustizia; che è uno stato di cose assicurato dai mutamenti delle leggi civili, e maturato in vantaggio quasi sempre della celerità e del facile scambio dei mutui uffici della giustizia.

L'articolo 950 *subordinando le disposizioni* in questo titolo consacrate alle *convenzioni* ed ai trattati, mostra che per essi può modificarsi la nostra legislazione positiva.

È stato opportunamente notato (*Commentario al Codice sardo*, vol. V, part. I, pag. 130) che anche fra quegli Stati che strinsero convenzioni su questa materia, praticamente si applicano quelle ispezioni e quegli esami che vediamo descritti nel nostro articolo 941 con una formula che omai può dirsi comune (1). E infatti codesti trattati sogliono fermarsi all'alterna promessa di dare esecuzione ai giudicati ed a clausule generali nell'interesse della giustizia. Per lo più si deroga a certe forme per rendere più facili le comunicazioni diplomatiche e più pronti i risultati; del che vediamo traccie distinte nella procedura agli articoli 955 e 946. Quanto riguarda il diritto pubblico e la costituzione dei singoli Stati è troppo importante per ognuno di essi perchè possa farsene soggetto di transazione (2).

2. *Della esecuzione dei giudicati nei paesi*

(1) Così, per esempio, in Piemonte, nonostante il trattato col governo di Napoli del 2 maggio 1818, quello della Toscana del 5 gennaio del detto anno, quello con Parma del 4 luglio 1837, con Francia del 24 marzo 1860, le sentenze emanate in quegli Stati si eseguivano, premesso il giudizio di delibazione, col tacito consenso di quegli Stati. Così solevasi in Francia quanto alle sentenze dei magistrati piemontesi (Dalloz, *Droit civ.*, n. 438 e seg.).

(2) Ecco una formola tolta dal trattato del 24 marzo 1860 fra la Sardegna e la Francia, e dalle dichiarazioni dell'11 settembre detto anno « pour « favoriser l'exécution réciproque des décrets et ju- « gements, les cours suprêmes déféreront de part

politicamente annessi o separati dopo la pronuncia.

a) Se la sentenza fu pronunciata *in territorio politicamente diviso*, quantunque facente parte del suolo nazionale, *indi riunito al regno*, s'insegna per molti pubblicisti che la riunione posteriore, in qualunque modo avvenga, non aggiunge autorità ad una sentenza proferita in un paese che per noi era in realtà Stato estero. La ragione di questa dottrina è tratta interamente dagli ordini del diritto privato. Si allega che il soccombente aveva acquistato un diritto (negativo) che nel paese da sè abitato non avrebbe potuto mandarsi ad esecuzione la sentenza senza una nuova revisione. Il fatto di questa riunione è, si dice, estraneo a lui; il suo diritto non può rimanerne alterato (Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, num. 456; Merlin, v° *Jugement*, § 9, *Questions du droit*, v° *Réunion*; Grenier, tom. I, num. 218).

Troplong fa precisamente il caso del francese che colpito da una sentenza, per esempio nel Belgio, quantunque in appresso il Belgio fosse unito alla Francia, mantiene il diritto che aveva di far rivedere il giudicato prima della sua esecuzione.

La giurisprudenza italiana ha inclinato nel senso contrario, ritenendo che le sentenze pronunciate prima dell'annessione sono *de jure* eseguibili nelle antiche provincie (corte di Torino, 26 febbraio 1862; Bettini, tom. II, pag. 187).

Noi sentiamo la forza dell'argomento che sostiene la dottrina di Troplong, che è anche quella di Toullier, di Dalloz, di Carré, ecc. Nello Stato belgico, forse ostile alla Francia prima della unione (faccio una ipotesi), poteva essersi pronunciata una sentenza contro un francese, non solo irregolare, ma contro lo spirito dello stesso diritto pubblico francese. Quindi la revisione non solamente proteggeva il diritto individuale, ma era altresì garanzia del diritto pubblico. Noi italiani, quanto alle provincie italiane fuse insieme per la potenza essenziale del principio di nazionalità, siamo tratti a teorizzare l'unione ideale precedente, l'unione di diritto, a non volerci considerare neppure in quel tempo gli uni gli altri come stranieri. Ciò fa onore al nostro patriottismo; ma la ragione legale non sembra contentarsene. Se Roma dovesse una volta riunirsi all'Italia (come fortunatamente è avvenuto. *Agg. della 2ª ediz.*), noi porgeremmo la mano a quei fratelli d'antica fede e d'antico amore, ma le sentenze pronunciate a Roma non sarebbero da noi abbracciate con ugual tenerezza. Si vorrebbero rivedere prima di darvi esecuzione nei paesi che si governano con un diritto per avventura assai discorde; e ciò meno nell'interesse dell'individuo che in quello dell'ordine e del diritto pubblico dello Stato. Senz'altro aggiungere, teniamo a memoria l'esempio (1).

b) Se *i paesi politicamente uniti furono di poi separati*, è opinione generale, pacifica come un assioma (Dalloz, *R. Droits civils*, n° 446; Toullier, tom. X, n° 95; Troplong, n° 458; Merlin, ecc.), che le sentenze non perdono dalla separazione l'autorità della cosa giudicata che senza dubbio avevano.

Noi osiamo fare delle limitazioni a questa teoria universale. La Grecia non era che una provincia della Turchia; la Grecia conquistò la propria indipendenza. Prima di quell'epoca gloriosa le sentenze proferite a Smirne erano eseguibili ad Atene; lo furono anche dopo (ragionando coi nostri principii, e supposto che ivi abbiano vigore). È verissimo che nel punto di vista del diritto privato il vincitore poteva vantare la cosa giudicata e il *jus quæsitum;* ma parmi appunto che la dottrina abbia scelto un campo troppo ristretto. Egli è mestieri elevarsi alla obbiettiva del diritto pubblico. Se altri principii, altro diritto, reggono il novello Stato che, emancipandosi dall'antica servitù, risorse a nuova vita, la sentenza che facesse oltraggio a quei principii, sebbene pronunciata prima della separazione, non potrebbe tollerarsi. Se la sentenza pronunciata a Smirne consacrava rapporti giuridici nascenti dal consorzio della poligamia, avrebbe ricevuta quella sentenza esecuzione in Atene cristiana? Avviso dunque a quelli che fossero tentati di accettare la teoria degli scrittori nella sua illimitata estensione.

c) Le sentenze proferite in luogo tempo-

« et d'autre à *la forme du droit* aux réquisitoires « qui leur seront adressés à ces fins mêmes sous le « nom de dites cours ».

Nel recente trattato (11 dicembre 1866) fra l'Austria e la Francia *sulle successioni e sul trattamento dei sudditi rispettivi* s'incontrano disposizioni che riguardano il modo di corrispondenza fra le autorità politiche e giudiziarie dei due Stati.

(1) Nel proposito di tener fermo il mio primo dettato, ho conservate queste fatidiche parole che mi uscivano dal cuore. Roma, dopo il plebiscito, è parte integrante dell'Italia, e dopo la proclamazione del Parlamento n'è la capitale (decreto regio del 9 ottobre 1870, sanzionato in seguito da tutti i poteri dello Stato).

rariamente invaso dal nemico, indi restituite, si considerano come emanate in paese straniero?

Quantunque temporanea e ingiusta la occupazione, se supponiamo che il governo civile fosse cangiato e la giustizia non fosse più amministrata in nome del re d'Italia e dai magistrati da lui costituiti, questo basta perchè la sentenza non possa ricevere *de plano* la sua esecuzione, ma debba essere riveduta come straniera.

Quanto agli atti contrattuali, aventi forza esecutiva, parificandosi alle sentenze, non potrebbe dirsi diversamente.

Quanto però ai contratti semplicemente tali, eziandio producenti ipoteca, sarebbero eseguiti, generalmente parlando, *previa legalizzazione* (art. 1990 del Codice civile) e senza dichiarazione giudiziale. Queste distinzioni sembrano adottate in un egregio consulto del Carré, *Lois de la procédure civile*, tom. IV, pag. 508, nota.

Possono vedersi in aggiunta le osservazioni nel nostro *Commentario al Codice civile*, articolo 10 del Titolo preliminare.

FINE DEL LIBRO TERZO

INDICE TITOLARE

DEL LIBRO II E III.

LIBRO SECONDO

DELL'ESECUZIONE FORZATA DELLE SENTENZE, DELLE ORDINANZE, E DEGLI ATTI RICEVUTI DA UN UFFIZIALE PUBBLICO.

LIBRO TERZO

DEI VARI PROCEDIMENTI SPECIALI.

INDICE ANALITICO

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL PRIMO E SECONDO VOLUME

A

D

E

F

G

I

L

M

O

P

R

S

U

V